

مكتبة خادم العلم والمعرفة
احصل على أقوى المكتبات في العالم لطلبة العلم تقريبا لكل التخصصات
مكتبة خادم العلم والمعرفة

**01- نوفر رسائل الاردن كاملة ب 20 دولار 3000 دج للرسالة
الواحدة على الرابط التالي:**

<https://jutheses.ju.edu.jo/default2.aspx>

02- اقتني المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة

4000 جيقا (4) تيرا

أكثر من 90.000 بحث ورسالة علمية.

أكثر من 700.000 كتاب مقال قاموس ووثيقة علمية.

أكثر من مليون 1000.000 مخطوطة

أكثر من 60.000 مادة صوتية

كامل المكتبة ب 70.000.00 دج جزائرية مع الهريسك

بالعملة الصعبة

750 دولار

650 اورو

للاقتناء يرجى التواصل على:

رقم الهاتف: 00213771087969

البريد الإلكتروني Benaissa.inf@gmail.com

يرسل المبلغ في الحساب الجاري الخاص بي بالنسبة للجزائريين

ccp 76650 81 clé 51

KERMEZLI Benaissa

عبر شركة ويسترن يونيون للمقيمين خارج الجزائر باسم

١١١٠
١١١٠
١١١٠

جامعة الجزائر
معهد العلوم القانونية والادارية

نظام الهن التجاري الوارد على المنقول في

التشريع المدني والتجاري الجزائري

بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية

من اعداد
ابراهيم بن غافر

تحت اشراف

الدكتور الاخضر بن عنزي

رئيساً	الدكتور	} لجنة المناقشة
مقرراً	الدكتور	
عضواً	الدكتور	

جانفي 1985

أهداء

أهدى هذا المجهود المتواضع لكل اولائك
الذين مكنوني ان اتابع الدراسة في جامعة جازائرية
(حرة ، مستقلة) فمهم من قضى نحبه ومهم
من ينتظر وما بدلو اتبديلا " والى والدي وابنائى
واساتذتى ، وكل الذين ساهموا في ابراز هذا العمل
الى الوجود .

- لسم الله الرحمان الرحيم -

مقدمة =

ان الرهن الحيازي هو احد انواع التامينات الميضية التي ظهرت في بعض المجتمعات التي بلغت شأوا كبيرا من التقدم وكانت لها تشريعات على درجة عالية من التطور (1) ، وعليه فان التامين الميضي في العهد الروماني قد خضع لتطورات مختلفة لتلبية لحاجيات المجتمع واستجابة لنضج الفكر القانوني التي توصل اليه ، فكان التامين الميضي في بادئ الامر ينشأ في شكل نقل ملكية المدين اولا الى الدائن ، مع التزام هذا الاخير بنقل هذه الملكية مرة ثانية الى المدين عندما يستفي دينه في الاجل المحدد له .

ثم تبلورت هذه الطريقة الى انشاء فكرة بيع الوفاء ، ذلك بتقديم المدين عينا معينة للدائن ، على سبيل البيع تحت شرط فاسخ ، فينفسخ العقد بتحقيق الوفاء ، بالدين ، وتعود بالتالي ملكية الشيء الى المدين بقوة القانون (2) .

-
- (1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 10 - بيروت - طبعة 1970 - صفحة 13 - فقرة 6 و ص 262 فقرة 112 .
- (2) ان طريقة بيع الوفاء تفقد للمدين دعوى الاستحقاق ، اذا ما تصرف الدائن في الشيء الى الغير ، او كان الدائن معسرا من جهة وليس للمدين على الدائن سوى دعوى شخصية ناشئة من عقد الائتمان (Contrat de Fiducie) بالاضافة الى ان هذه الطريقة قد تعرض المدين الى فقد ملكية الشيء ذاته ابدىا في حالة عجزه بالوفاء ، بالدين عند استحقاقه .
- Mazeaud: le cours de droit civil, T.III.1è Volume. 5é éd. Paris. 1977.P. 71. N° 63.

ولما بلغ المجتمع الروماني الى درجة من الحضارة والتقدم استطاع ان يميز بين حق الملكية والحل الذي ينصب عليه، كما استطاع ان يميز بين الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية (1) وبذلك استحدث مرحلة جديدة للتأمينات، بحيث يكون للمدين ان يقرر حقا عينيا تبعا على الشيء دون ان يفقد حقه في ملكيته وعلى ذلك يجوز له ان يقدم مالا معينا للرهن دون ان يفقد حق الملكية، ويكون للدائن حق تتبع الشيء في اي يد يكون ويسمى هذا الحق بـ *VINDICATIO PIGNORIS*

تلك هي المرحلة التي نشأ عنها نظام الرهن الحيازي ويسمى *PIGNUS* او *GAGE* (2) ولا زالت معظم التشريعات الحديثة تأخذ به بعد ما ادخل عليه بعض التعديلات، اذ كان في عهد الاول وعند نشوئه يفرض على الدائن اتخاذ موقف سلبي تجاه الشيء المرهون بحيث لا يسمح له سوى الاحتفاظ به وحبسه حتى يستوفي حقه.

-
- (1) السنهوري - المرجع السابق - ص 13 فقرة 6 - الدكتور علي سليمان شرح القانون المدني الليبي ص 1969 - ص 552 فقرة 29 .
- (2) يلاحظ ان الدكتور احمد سلامة في مقال له تحت عنوان (الرهن الطليق للمنقول) والذي نشر في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو 1968، عدد 2، السنة 10، طبعة جامعة عين شمس، - صفحة 304 وما بعدها، يقول = ان المرحلة الاولى تسمى بطريقة السبيكة والميزان *Per- Des- Libnam*. او عقد قرض (*Mexum*) ويقول ان هذا التصرف قد شمل الاشياء، بعد ما كان قاصرا على الاشخاص وكان من اثر ذلك ان يرهن المدين امواله عبيد ^{الاراضى} او تنقل اليه حيازته، ويحق له استعماله لكن يلتزم برده عند استيفاء دينه. اما المرحلة الثانية فتسمى بطريقة عقد الائتمان، وبمقتضاه كان الدائن يمتلك الشيء المرهون مع تعهده باعادة ملكيته الى الراهن، حين يقوم هذا الاخير بسداد الدين الذي عليه، (تلك هي طريقة بيع الوفاء) . اما المرحلة الثالثة فتسمى بطريقة عقد الرهن، واعي تعني نقل الحيازة بطريق عقد الرهن الذي يعرف بكلمة *GAGE* او *Pignus* ومن مقتضاه ينقل الحيازة الى الدائن المرتهن ويبقى المدين مالكا لها .

ثم تطور الامر وسمح للدائن ان يشترط في العقد بأن يبيع الشيء المرهون *Pactum vendendi* او يمتلكه *Lex- commissoria* عند عدم الوفاء بالدين المضمون بالرهن في الاجال المحددة له . ولما جاء *Constantin* الذي شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء ، لكنه ابقى على شرط بيع المرهون المذكور سلفاء واء تجره من مستلزمات عقد الرهن ، بحيث اعتبر كمل شرط يمنع الدائن من هذه المكنة يكون مآله البطلان (1) .

وكان الرهن الحيازي (كالرهن الرسمي) في القانون الروماني يرد على العقار والمنقول على السواء ، لكن لا ينشأ عقد الرهن الا بتسليم الحيازة ، وسار القانون الفرنسي القديم على هذا النمط حتى القرن السادس عشر (2) ، تاريخ بداية التجاء الافراد الى استعمال الرهن الرسمي بكثرة على حساب الرهن الحيازي الوارد على العقار .

ولما حل عهد التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) غير التصنيف الذي كان معمولاً به من قبل ، فحصر الرهن الرسمي في العقار وسمي *hypothèque immobilier* وسمى الرهن الحيازي الوارد على العقار والمنقول *Nantissement* فاذا ورد الرهن الحيازي على المنقول فحسب يسميه *GAGE* اما اذا ورد على العقار فيسميه *ANTICHRESSE*

-
- (1) مازو - المرجع السابق - ص 70 - فقرة 61 .
(2) السنهوري - المرجع السابق - الجزء العاشر - ص 262 - فقرة 112 وايضا علي سليمان - المرجع السابق - ص 553 - فقرة 29 .
وراجع خلاف هذا الراى الاستاذ فوايه *J.Foyer, le principe du gage avec dépossession, étude Hamel, Paris. 1953.P. 17*

حيث يقول = ان القانون الفرنسي القديم لا يعرف سوى نظام بيع الوفاء ، ومعنى ذلك ان نظام الرهن الحيازي عند هذا الكاتب قد ظهر بعد القانون الفرنسي القديم .

بجانب هذا نريد ان نشير في هذه المقدمة انه وان كانت المحاكم
القنصلية الاولى التي تأسست للنظر في المنازعات التي تنشأ من جراء
ممارسات الاعمال التجارية، تنتظر ايضا فسي المنازعات التي تنشأ من جراء
ممارسات الديون التجارية لانها مختصة في الالتزام الاصلي، لكن المحاكم
التجارية هذه ظلت حتى صدور قانون 23 ماي 1863 (الذي عني بالرهن
التجاري) تطبق على هذه المنازعات القواعد الموضوعية الواردة في القانون
المدني (1) .

اذن فالنصف الثاني من القرن 19 وبالخصوص القانون الصادر بتاريخ
1863/05/23 يكون مرحلة اخرى ومهدا جديدا في تطور قواعد الرهن
الحيازي الوارد على المنقول، بالخصوص، واسباب هذا التطور يرجع الى ما
تميز به هذه الفترة، حيث ازدهرت فيها الرسالية الصناعية والتجارية
واستتبعت معها انقلابا في الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية، مما ادى الى
خلق ثورة تشريعية تغير على اثرها النظام القانوني الذي كان يحكم الرهن
قبل 1863، ذلك النظام الذي كان يحمي المصالح غير المصالح التي يراد
حمايتها بالنظام القانوني الجديد، فبينما كان اهتمام المشرع سابقا
بالدائنين العاديين وحمايتهم فوق كل اعتبار آخر، صار الاتجاه بالقانون
الجديد الى الاهتمام بالتجار ومصالحهم، فبسط لهم القواعد القانونية
ومين ذلك تخليص الرهن التجاري من الشكليات المفروضة عليه قبل هذا
القانون، كما انشأ انواعا اخرى من الرهن الواردة على المنقول دون انتقال
الحيازة وسماها بـ *Gage sans dépossession* تقترب في تنظيمها الى الرهن

(1) الاستاذ فوايه (F. FOYER) نفس المرجع - ص 16 .

الرسمية، بل ومن الفقهاء من كلفها على انها تأمينات حقيقية فهي
المثقول (1) ونذكر منها ما يلي =

Hypothèque maritime الرهنون الرسمية التي ترد على السفن
ومراكب نهريّة Hypothèque fluviale والطائرات
aéronefs. كذلك انشأ رهنوناً ترد على المحاصيل الزراعية agricol
وعلى الادوات الصناعية industriel او الحرفية - professionn- او الادوات
الفندقية Hôtélier وعلى المنتجات البترولية Pétrolière او على مخزونات
الحرب sur stoks de guerre بواسطة سندات تسمى Warrants.

كما انشأ رهنوناً اخرى ترد على السيارات بواسطة تأشير في سجل
خاص يحفظ بها الرهن لمدة 5 سنوات، ورهنون ترد على الافلام السينمائية
بواسطة ايداع وثيقة عقد الرهن في المركز الوطني للسينماتوغرافية le nantisse
ment sur films cinématographique واخرى ترد على الممتلكات العمومية
او المحال التجارية (2) وهذه الانواع المختلفة من الرهنون كانت نتيجة الثورة
التشريعية التي ظهرت في فرنسا ابتداءً من النصف الثاني من القرن التاسع
عشر كما ذكرنا .

ونحن بالطبع لا نتناول هذه الانواع من الرهنون في بحثنا، الذي يقتصر
على الرهنون الحيازية دون غيرها، لان رهن المثقولات دون انتقال الحيازة

-
- (1) الدكتور محمد - حسنيني، الحقوق العمومية التبعية، مطبوعة جامعة للسنه الثالثة
عام 73/72 - ص 25 - الدكتور عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج 10،
ص 265 . وعلى خلاف هذا الرأي يقول الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق
ص 150 حاشية رقم 1 ان هذه الانواع من الرهنون قريبة الشبه بنظام الرهن
الرسمي الذي يعرفه التقنين المدني .
- (2) الدكتور احمد سلامة - المرجع السابق - ص 304 وما بعدها . وايضاً هيمارد
Jean Hemard, traité théorique et pratique du droit commercial
les contrats commerciaux, Paris 1953.P.292 et suit.

تقتضي دراسة خاصة لكل منقول على حده ذلك لصعوبة وضع قواعد نظرية عامة لهذه التأمينات ولاختلاف الطبيعة القانونية لها باختلاف كل منقول (1) .

كما لا نتناول في الرهن الحيازية الواردة على المنقول المعنوي سوى الدينون العادية والقيم المنقولة، أما الحقوق المعنوية الأخرى (التي سنشير إليها " نستبعد عنها من الدراسة لنفس السبب الذي استبعدنا به رهون المنقولات دون انتقال الحيازة، ويبقى موضوع بحثنا اذن منحصر في الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي والدينون العادية او الحقوق المثلثة في الاسهم والسندات في التشريع المدني والتجاري الجزائري كما وردت بنسب المواد 948 الى 981 مدني ومواد 31 الى 33 تجاري .

وغني عن البيان بأن الدافع لدراسة موضوع الرهن الحيازي الوارد على المنقول هو ان التشريع الجزائري حديث النشأة، وبالتالي يحتاج الى اقلام الكتاب لشرحه وتوضيحه . اذ وان كان المشرع قد استفاد بتجارب البلدان الأخرى كصير وفرنسا بالخصوص، الا ان تشريعنا لا يخلو من ثغرات وتناقضات ومغوض والتباسات تستوجب الوقوف عندها ذلك ما سنحاول تبينه في مواضعها من هذا البحث .

وعلى سبيل المثال نطرح من البداية المسائل الآتية =

1 - ان مفهوم الرهن الحيازي عندنا لا يفيد نفس المعنى الذي اعتادت في فهمه لدى التشريعات الأخرى، اذ قد يعني به الرهن الذي يقتضي نقل الحيازة الى المرتهن او المعدل كما يعني به فقط الرهن دون انتقال الحيازة .

2 - ان المادة 948 مدني تنص على ان الرهن عقد رضائي اما المادة 975 مدني والمادة 5/31 تجاري تستلزم اجراء عقد الرهن في شكلية معينة الامر الذي يطرح سؤالا فيما اذا كان عقد الرهن في التشريع الجزائري عقداً رضائياً ام شكلياً؟

(1) استاذنا محمد بن حسنين - المرجع السابق - المطبوعة الجامعية - ص 26 .

3 - ان نص المادة 955 مدني يوحى على ان المشرع قد جعل على عاتق الدائن المرتهن التزاماً بعناية في الحفاظ على الشيء المرعون والتزاماً بخافية في نفس الوقت الامر الذي يثير الالتباس فيما هو نوع الالتزام الذي يقع على عاتقه؟

4 - ان الرهن الرسمي يستلزم في الراهن ان يكون مالكا للشيء المرهون واهنلا للتصرف فيه، اما في الرهن الحيازي لم يتعرض المشرع لهذا الشرط ولم يحيلنا الى تطبيق احكام الرهن الرسمي * مادة 884 مدني * فهل لسكوت المشرع معنى يفيد ان في الرهن الحيازي لا يشترط امتلاك الراهن الميسن المرهونة ولا التمتع بأهلية معينة؟

5 - ان الرهن الحيازي عادة كغيره من الرهون يخضع لمبدأ عدم التجزئة التي تنص عليها المادة 892 مدني والمتعلقة بالرهن الرسمي، لكن المشرع قد اغفل الا حالة اليها في الرهن الحيازي، فهل معنى ذلك انه يعفي هذا الرهن من تطبيق هذا المبدأ عليه؟

6 - ان المادة 975 مدني المتعلقة برهن الديون تنص على ان القبول الصادر من المدين يقوم مقام الابلاغ، اما نص الفقرة الرابعة من المادة 31 تجاري فقد اكتفى بالابلاغ دون القبول، فهل ان مشرعنا لا يريد جعل القبول في مستوى الابلاغ في رهن الديون التجارية؟

7 - ان المادة 976 مدني تنص على ان رهن السندات الاسمية او السندات لامر يتم بالطريقة الخاصة بها والمنصوص عليها قانونا، فهل هذه الطريقة يعني بها الاحالة الى احكام القانون التجاري ام هناك احكام اخرى؟

8 - ان الفقرة الرابعة من المادة 31 تجاري تقضي بان رهن الديون التجارية تخضع لاحكام خاصة بها، فهل ان المشرع يريد ان يحيلنا الى نص المادة 31 تجاري، التي تحيل بدورها على المادة 30 تجاري وبالتالي يعفي

هذا الرهن من اية شكلية، انه يحيلنا الى احكام حوالة الحق في القانون المدني، تجارياً المشرف الفرنسي والمصري، ام انه يريد بعبارة (الاحكام الخاصة بالحوالة التي ما تنص عليه الفقرة الخامسة من المادة 31 تجارى والتي تستوجب اثبات حوالة الدين المتعلقة بالاموال المنقولة بعقد رسمي؟

9 - اعتبر نص المادة 31 تجارى ونص المادة 698 تجارى السندات لامر والاسهم على انهما قيما منقولة لكن اشترط للتداول بالسهم بنص المادة 3/31 تجارى ابرام الحوالة في عقد رسمي، فهل بقي في القانون الجزائري ما يسمى بالقيم المنقولة؟

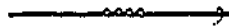
هذه هي بعض المسائل التي فُتحت بها المشرف الجزائري بالمقارنة مع ما هو معمول به في البلدان الاخرى بالخصوص مصر وفرنسا، نريد التركيز عليها في هذه المقدمة بجانب المسائل الاخرى التي لم يتناولها المشرف كغيره من المشرعين واثارت جدلاً فقهيًا واجتهاداً قضائيًا سنتناولهما في مواضعهما وللجابة على هذه التساؤلات توخينا في دراسة الموضوع الغطية التالية =

- يلاحظ اننا تخافنا عن تخصيص فقرة خاصة لموقف الشريعة الاسلامية في الموضوع ذلك قد يرا منا ان البحث يتعلق بالقانون الوضعي، ومع ذلك نشير، ان الرهن الحيازي ثابت في الذكر الحكيم " وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " وثابت في السنة الشريفة من ان الرسول " من اشترى من يهودى طعاماً ورهنه دعه مما دعى الفقهاء المسلمين التي تنظيم احكام الرهن الحيازي واختلفوا في جوازه في غير ظروف السفر ان ذهب بعضهم الى القول بعدم جوازه استناداً الى ظاهر الاية، اما الجمهور فيقول بجوازه استناداً لما ورد في السنة .

ولمزيد من الفائدة نورد التعاريف الاتية للرهن الحيازي في الشريعة الاسلامية، تعرفه مجلة الاحكام العدلية الماخوذة من المذهب الحنفي كما يلي " للدائن المرتهن ان يحبس الشيء المرهون الى حين فكه باستيفاء الدين م/70 " راجع الدكتور صبحي المحمدي، النازية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ج 2 بيروت

نهلل بحثنا بباب تمهيدى نتناول فيه مفهوم الرهن الحيازي في تشريعتنا والمبادئ التي تحكمه ، ثم نقسم الموضوع الى قسمين ، فالقسم الاول يتناول القواعد العامة المطبقة على انشاء الرهن واشاره وانقضائه ، اما القسم الثاني فيتناول الاحكام الخاصة التي يميز بها كل رهن على حده ما ديا كان ام معنوياً ، مدنياً كان ام تجارياً .

-
- 1948 - ص 267 ، ويعرفه الشيخ خليل " ملكي المذهب " بما يلي " الرهن هو بذل من له البيع ما يباع او غرر ولو اشتربط في العقد وشيقة في حق " .
- كما عرفه ابن عرفة قثلاً ثلاثاً = " الرهن ما قبض توثيقاً به في دين " راجع الاستاذ محمد طيار مجموعة النصوص الفقهية والوثائق ، الطبعة الثانية - الجزائر 1981 ، ص 90 وما بعدها .
- كما يعرفه القرطبي في تفسيره " الجامع لاحكام القرآن " الجزء الثالث - ص 409 " بانه احتباس العين وشيقة بالحسق يستوفي الحق من ثمنها او من ثمن منافعتها عند تعذر اخذها من الضرم " اشار اليه الدكتور احمد سلامة في مقالته المذكورة سلفاً ، ص 329 .
- ومن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد ان الشريعة الاسلامية لا تعرف سوى الرهن الحيازي ، من ضمن التامينات العينية ، وهو يرد على عقار او منقول مثلياً كان او قيمياً ، راجع في هذا المعنى الدكتور السنهوري - المرجع السابق ج 10 - ص 341 - ف 51 و ص 747 بند 5 . وايضاً محمد وحيد سوار الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثاني ط 1969 - دمشق - ص 19 . وايضاً استاذنا الدكتور علي علي سليمان - شرح القانون المدني الليبي - بيروت - ط 1969 - ص 552 - فقرة 29 . وايضاً استاذنا الدكتور محمد محسنيني ، المرجع السابق - المطبوعة الجامعية - ص 27 .



الباب التمهيدي

الفصل الاول

مفهوم الرهن الحيازي وتعريفه

المبحث الاول : مفهوم الرهن الحيازي في تشريعنا .

ان مفهوم الرهن الحيازي في تشريعنا يختلف عن ما هو متعارف عليه في بعض التشريعات الاخرى (1) . ذلك ان محله قد يكون عقارا او منقولا . مع ان الفقه يقول ان التقسيم الحديث يتجه الى قصر الرهن الحيازي على المنقول فقط دون العقار (2) .

بالاضافة الى ذلك فان عبارة "الرهن الحيازي في تقنيناتنا" لا تفيد دائما الرهن الذي يوردى الى نقل الحيازة الى الدائن او الى اجنبي متفق عليه وتجريد المدين منها على النحو الذي نص عليه في المواد 948 و 961 مدني و 32 تجاري، ان قد سمي المشرع الرهن الوارد على ادوات التجهيز والمعدات بالرهن الحيازي بنصوص المواد 151 و 152 و 153 وما يتبعها، بالرغم من ان هذا النوع من الرهن قد اتفق عليها فقها

(1) التشريع الفرنسي نص المادة 2072 مدني "le nautissement d'une chose mobiliere s'appelle GAGES celui d'une chose Immobiliere s'appelle autichresse"
- Repertoire ENCYCLOPEDIQUE de droit Français, Paris. T9. P544n°16&66
(2) 1894 الاستاذ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، بيروت، 1969 ص 553 .

- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، ج 10 ط 1970 القاهرة صفحة 764 .
- سمير عبد السيد تناغو : التامينات الشخصية والعينية، 1970، الاسكندرية صفحة 363 / 394 .

MARTY & RAYNAUD, les suretés, la Publicité Foncière. T.III
1 vol, Paris 1971 page 62 n° 106

- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية، ج لا في الحقوق العينية التبعية، 1965، ص 28 .

- عبد الفتاح عبد الهادي : الوسيط في التامينات العينية، القاهرة، طبعة 1956، ص 220، بند 249 .

على انها رهن دون انتقال الحيازة (1) وان المشرع قد اقتبس هذا النوع
(1)
من الرهون واحكامها من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 18/01/1951
كما سمي الرهن الوارد على المحل التجاري بنص المادة 118 تجارى وما
يعد منها بالرهن الحيازي وبالرغم من انه من المتفق عليه ان المحل
التجارى من المنقولات المعنوية وبالتالي لا يمكن حيازتها او غير قابلة
للحيازة (2) .

ونضيف الى ذلك ان عبارة GAGE المستعملة بالنص الفرنسي في
تشريعنا فبجانب انها لا تفيد نفس المعنى الذى يوردها في قانونها
الاعلى (اى التشريع الفرنسي) كما اشرنا ، فانها قد تفيد معان
تتمدى مقصد الشارع الى اشياء اخرى (3) .

فكما انه قد يتجه معناها الى المقدم ذاته Le contrat de gage
او الى الضمان الذى ينتج عنه la sureté que resulte de ce gage
نسميه بحق الرهن Droit de gage او الى المال المرهون Fournir
(4) un gage .

فان معناها قد يتجه ايضا الى الضمان العام الذى للدائن
المادى على ذمة المدين ويقال عند ذلك Les créanciers chirogra
phaïres ont un droit de gage général sur le patrimoine de
leur débiteur.

CORNU - Gerard, La loi du 18 janvier 1951 relative au (1)
nantissement de l'outillage et du Matériel d'équipement
Le gage commercial, sous la Direction de J. Hamel, Paris 1953.
Dalloz.P 442 et suiv.

Claude Morel, nantissement de l'outillage et du Matériel,
ENCYCLOPIDIR. Dalloz.Comm. 2è éd.T.IV n° 7 et suiv.

JUGLARR et IPPOLITO, traité de droit commer.T.I n° 220 et (2)
suiv et T.III n° 1216- 2è A1.

MARTY - RAYNAUD, page 40 n° 63. (3)

DALLOZ. Repertoire pratique, nantissement, T.VIII n° 5 (4)

وهي نفس العبارة التي عبر بها المشرع في قانوننا المدني باللغـة الفرنسية (م 188 مدني) .

واخيرا انه يجدر بنا ان نشير منذ البداية من ان التسميات التي يضيفها الافراد على اتفقاتهم لا تهتم من الناحية القانونية بقدر ما يهتم اتجاه نيتهم ومقصدهم ، وعلى ذلك فيمكن استنتاج عقد الرهن من الظروف المحيطة بالعقد ، او من خلال العبارات المستعملة فيه ، كأن يقال مثلا عطاء بقصد الضمان ، او بقصد تغطية الدين ، او ودیمة او تسليم مع التزام بالرد ، وقد يكون الرهن في شكل بيع وفاء اخفاء للفوائد الربوية او تهربا من تحريم شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء او بيمه بلا اجراءات (1) . والمعمول به في فرنسا هو ان للقاضي سلطة تقديرية في تكييف طبيعة العقد بما يبرر موضوعية ، حيث لا يفتقر بالتسمية التي يضيفها الافراد على عقودهم ، بل يمتد بالمناصر المكونة له فحسب (1) . وعلى ضوء هذه الملاحظات ننتهي الى النتيجة الاتية من ان مفهوم الرهن الحيازي في التشريع الجزائري قد يفيد تارة الرهن الذي يقدمه المدين ، ضمنا لدين عليه او على غيره ، وتنتقل الحيازة من المدين الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان كما قد يفيد الرهن الذي يقدمه المدين دون انتقال الحيازة . وهذا عيب في تشريعنا نقترح استدراكه على نحو تعطي عبارة الرهن الحيازي فقط للرهن الوارد على المنقولات المادية والناقلة للحيازة دون تعميمها على انواع اخرى كما ذكرنا وكما سنوف نرى ذلك فسي مكانه من هذا البحث .

(1) VIVANTE, traité de droit commercial, Tom.IV , les obligations, 1907 - 1909, Paris, 5è traduction, par J. ESCARA sur la 3è Edition, page 337.

ولقد دعم رايه بحكمان صدرتا عن محكمة الاستئناف جنيس GENES بتاريخ

1877/02/27 و 1877/04/27 .

المبحث الثاني : تعريف رهن المنقول .

لم يحاول المشرع ايجاد تعريف خاص لرهن المنقول ، مكتفيا بما جاء في نص المادة 948 مدني (التي اقتبسها من نص المادة 1096 مدني مصري) والتي تقضي بما يلي :

" الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه او على غيره ، ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي ، يمينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخول له حبس الشيء ، السو ان يستوفي الدين ، وان يتقدم الدائنين الماديين والدائنين التاليين لد في المرتبة في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء ، في اي يد يكون ."

وعلى ذلك فان هذا التعريف يصدق على الرهن الحيازي الوارد على المقار او على المنقول ذلك باستعماله عبارة (شي) كما ان هذا التعريف يصدق على الرهن المدني والرهن التجاري لان قواعد القانون المدني تسرى على العمليات التجارية اذا لم تتعارض نصوص القانون المدني مع القانون التجاري (م 974 مدني) .

هذا ولقد حاول بعض الفقهاء نقد هذا التعريف الذي اتانا به المشرع بنص المادة 948 مدني ، على اسس مختلفة ، ونحن وان لم نكن نريد التدخل في النقاش الفقهي الذي اثير في الموضوع فاننا لا نرى مانع ان نشير الى ملخص هذه الآراء بصفة مختصرة حيث ان البعض منهم يرى بأن الحق العميني التبعي لا يرد الا على شيء مادي ومعين بالذات ، وطبقا لهذا الرأي فان رهن الديون لا تقر الا حقوقا شخصية للدائن المرتهن (1) .

(1) شمس الدين الوكيل : نظرية التامينات في القانون المدني ، ط الثانية ، 1959 الاسكندرية - ص 58 و ص 435 . نفس المعنى للاستاذ حسن كيـرة الحقوق العمينية الاصلية - ص 66 اشار اليه الاستاذ سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق - ص 400 ، حاشية رقم 1 .

ويقترح اصحاب هذا الراى التعريف التالي للرهن الحيازى "على انه نظام قانونى يكفل الدائن بمقتضى تعاقد ابرمه مع الراهن ان يحبس المال المرهون وان يتقدم الدائنين العاديين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المرهون فى اى يد يكون (1) .

غير ان هذا التعريف يشوبه عيب، من انه يخلط بين معاني حق الحبس المقرر فى القواعد العامة (م 200 مدني) وحق الحبس المخول للدائن المرتهن رهنا حيازيا، حيث ان الحبس فى هذه الحالة الاخير لا يعتبر بحق حبس بالمعنى الدقيق (2) كما سنرى فى موضعه (3) .

اما البعض الاخر من الفقهاء (4) فقد انتقد التعريف الذى اتت به المادة 948 مدني على اساس انه يعرف وقد الرهن بدلا من ان يعرف حق الرهن الذى ينشأ عنه مما ادى بالبعض من هذا الفريق (5) الى اقتراح التعريف التالي :

" هو حق عيني تبني ينشأ عن عقد رضائي، ويقع على منقول او عقار يقدمه المدين او غيره وتنتقل فيه حيازة المين المرهونة الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان ويكون للدائن بمقتضاه الحق فى حبس المين المرهونة، وفي تبنيها فى اى يد تكون حتى يستوفي منها حقه

(1) - BROANE, Nature juridique du gage des creances, thèse, Paris 1939, page 138/150 et sui

(2) شمس الدين الوكيل : المرجع السابق - ص 551، ان يقول " فهناك خلاف بين حق الحبس فى القواعد العامة وحق الحبس الذى يترتب بمقتضى عقد الرهن الحيازى من حيث ان الاول يعتبر سلطة اصيلة الوحيده التى يملكها الحابس وانه لا يعطيه حق الامتياز ولا افضلية على الثمن المحبوس اما فى الحالة الثانية فالامر يختلف تماما .

(3) راجع هذا البحث - ص 101 بند رقم 3 .

(4) منهم . علي علي سليمان : المرجع السابق - ص 551 - والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي =

بطريق الاولية على غيره من الدائنين العاديين او التاليين له
في المرتبة".

هذا وبالرغم من شمولية هذا التعريف الاخير فقد حاول البعض
ان يأتي بتعريف خاص للرهن المنقول . بقولهم " ان عقد رهن المنقول
هو العقد الذي بواسطته يسلم المدين او شخص ثالث منقولا الى
الدائن او الى شخص ثالث يحفظه لحساب الدائن وذلك لتخصيص هذا
المنقول للوفاء بالدين (1) :

الوسيط في التامينات العينية، القاهرة - ص 214 - هند 245 - ط 1956 .

(5) د. علي سليمان ، المرجع السابق ص 551 .

(1) الاستاذ محمد . حسنين : الحقوق العينية التبعية، المطبوعة الجامعية سنة

1973/72 - ص 16

- Les Mazeaud. Leçons de droit civil, T. III, 5 éd. 1^{er} vol
suretés Publicité foncier, Paris 1977. P. 68, n° 60.

./.

الفصل الثاني

المبادئ العامة التي تحكم رهن المنقول ومميزاته

المبحث الاول : المبادئ التي يخضع لها رهن المنقول .

ان المبادئ التي يخضع لها رهن المنقول هي نفس المبادئ التي تحكم الرهن عامة، ولذلك تستمد هذه المبادئ من النظام القانوني للرهن ككل . فقد نص المشرع الجزائري في المادة 948 مدني على ان الرهن عقد، ينشأ عنه حق عيني، كما نص في المادة 892 مدني بأن الحق الناشئ عن عقد الرهن لا يتجزأ، ونص في المادة 893 م بأن الحق العيني الذي ينشأ من عقد الرهن للدائن المرتهن هو حق تميمي .

وعلى ضوء هذه النصوص الممثلة نستخلص، ان المبادئ العامة التي تحكم الرهن في التشريع الجزائري، بما فيها ما يخص رهن المنقول، ونحن نشير اليها دون اسهاب وبقدر ما يحتمله الموضوع، ذلك لهداهتها وورودها في كل دراسة عن الرهن وهذه المبادئ هي :

- ان رهن المنقول عقد رضائي وملزم للجانبين .

- انه يكسب للدائن المرتهن حقاً عينياً تميمياً .

- وان هذا الحق غير قابل للتجزئة .

1 - اما كون العقد رضائي وملزم للجانبين (1) فانه ينشأ بمجرد تبادل

الايجاب والقبول المطابق له، اما التسليم ما هو الا التزام ناشئ عن العقد

(1) بخلاف التشريع الفرنسي الذي لا يزال يعتبر عقد الرهن الحيازي من العقود

العينية، حيث لا تتم الا بالتسليم، وبهذا قضت الفرفة المدنية لدى محكمة النقض

منذ القديم بأن التسليم هو عنصر اساسي في عقد الرهن حتى وان كان الامر

بين اطراف العقد، بحكم مشهور نورد ملخصه فيما يلي :

Cir 18 MAI 1898, code civil, art 2071.n& 1^{er} " Il est de l'essence du contrat de nantissement que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tier convenu, l'accomplissement de cette condition est nécessaire même entre les parties "

وبالتالي فهو اثر للعقد وليس ركنا له، فهو ينشأ على عاتق المدين
الالتزام بالتسليم، وينشأ مقابل ذلك على عاتق الدائن التزاما
بالمحافظة على الشيء المرهون، واستثماره، ورده عند انقضاء الفايعة
منه مع تقديم حساب للراهن عن الثمار الناتجة عنه .

اذن فعقد الرهن الحيازي بهذه المثابة انه يخضع للقواعد العامة
في ابرام العقود وانشاء التصرفات القانونية من حيث وجوب تسوافر
ركن الرضا السالم من الميوب التي تشوبه .

2 - اما كونه يتولد عنه حق عيني تبني، فبما ان الرهن قوامه الدين
وجودا وعدما (اما العكس فهو غير صحيح ان قد يزول الرهن بسبب من
الاسباب ومع ذلك قد لا يزول الذين المضمون) وتبعا لذلك فان الرهن
يستعير صفاته من الدين المضمون، لانه تابع له فهو بمشابهة (النعت
للمنعوت ان صدق التعبير) وتطبيقا لهذا المبدأ فاذا كان الدين الاصلي
باطلا او قابلا للابطال او قد انقضى بأى وجه من اسباب الانقضاء كالوفاء
او المقاصة او التقادم، فبالضرورة ان يتبعه في كل هذه الاحوال الرهن
ويكون بالتالي باطلا او قابلا للابطال او منقضا بالتبعية (1) . كذلك اذا
كان الدين الاصلي تجاريا كان الرهن تجاريا، وان كان المدين الراهن
ليس بتاجر . واذا كان الدين المضمون مقترنا بأجل او تحسنت
شرط واقف أو فاسخ او مجرد حق احتمالي، فان الرهن يحمل

ويلاحظ ان المشرع الجزائري قد جعل من عقد الرهن عقدا رضائيا كقاعدة عامة
ولكن استثناء قد جعل منه عقدا عينيا ان لا يتم الا بتسليم السند ذلك
ما تنص عليه نص المادة 100 من قانون الصفقات العمومية، سيأتي فيما بعد
في هذا البحث في ص 208 حاشية رقم 2 .

(1) راجع استئناف مختلط، يناير 1908 م 20 ص 40 اشار اليه الاستاذ السنهوري
المرجع السابق - الوسيط، ج 10 ط 1970 - القاهرة - ص 742، وبهذا
المعنى الاستاذ عبد الفتاح عبد الهادي، المرجع السابق - ص 311 فقرة 337 .

نفس الصفة فيكون مقترنا بأجل او معلق على شرط او احتمالسي
كالاتزام الناتج عن فتح الاعتماد (1)

هذا ويلاحظ انه ينهفي التمييز بين ثلاث حالات في الاجل
المقترن بالدين المضمون ، فاما ان يكون عقد الرهن يحمل نفس الاجل
الذي اقترن به المدين المضمون ، وهي الحالة العادية للرهن .

واما ان يكون الرهن قد انعقد لاجل اطول من الاجل الذي اقترن
به المدين الاصلي ، والواقع ان الرهن في هذه الحالة يكون صحيحا
وكثيرا ما يحدث ذلك ، بأن ينمقد الرهن لضمان الاتزام الاصلي والاتزام
الفرعي مثلا ، كأن ينمقد الرهن لضمان تنفيذ الاتزام المقاول السسذي
تعهد بالقيام بالعمل ، فهالمرغم من تنفيذ المقاول اتزامه الاصلي
فان الرهن يبقى قائما لضمان الاتزام الفرعي الناشي* من عقد
المقاوله والمتمثل في ضمان جودة هذا العمل الذي قام به (2) وفي
هذه الحالة الاخيرة يقتضي مرور فترة معينة من تاريخ تنفيذ العمل
الاصلي حتى يتبين مدى جودة هذا العمل (3) ، ونكون في هذا الصلن
امام الرهن الضامن لاكثر من دين واحد ، ولا نرى مانعا في ذلك ان
المادة 961 مدني تقضي بانه* يجوز ان يكون الشئ* المرهون ضامنا لعدة
ديون* (4) .

(1) اذا تقرر بطلان الدين بسبب نقص اهلية المدين او انعدامها ، فان الرهن المقدم
من غير المدين تامينا لهذا الدين (كالكفيل الميني) يبطل تعما لذلك وعليه
فيتعين رد المال المرهون الى الراهن- راجع استئناف مختلط 1908/1/6 -
محاماة 20 ص 49 اشار اليه الحكم السنهوي ، المرجع السابق ، ص 747 حاشية
رقم 1 .

وراجع : الاستاذ شمس الدين الوكيل : المرجع السابق - ص 73 - ف 32 ، ص 73
صنف هذه التبعية في امور اربعة : ان يقول :

1 - من حيث وجود الاتزام : بمعنى الحق الميني المخول للدائن لا يترتب الا
من وقت وجود الاتزام ويستثنى من ذلك الرهن المنعقد لضمان دين مستقبلي
او دين احتمالي ، او ضمنا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جاري ، الذي اجاز
القانون ترتيب الرهن قبل نشوء الدين - 2 - من حيث صحة الاتزام وسلامته :-

• / •

واما ان ينمقد الرهن لاجل اقصر من اجل الدين المضمون ، ففي هذه الحالة يكون الغرض لم يتحقق ، من الرهن (والغرض المرجو منه) هو تحصيل الدائن من خطر عدم تنفيذ المدين الالتزام المضاط على عاتقه ، فاذا حدث ان اخل المدين بالتزامه بعدم التنفيذ فلن يتمكن الدائن من التنفيذ على الشيء الذي كان رهونا عنده ان هذا الشيء قد رد الى المدين الراهن او الكفيل الميني باستنفاذ اجلسه ، قبل ميعاد استحقاق الدين .

كبطلان الالتزام مثلا فيظل حق الرهن بالتمهية - 3 - من حيث انتقـال الالتزام عن طريق حوالة الحق او حوالة الدين ، يظل الدائن الجديد مزودا بحق الرهن في مواجهة المدين او يبقى الدائن في حوالة الدين مستفيدا من حق الرهن في مواجهة المدين الجديد - 4 - من حيث انقضاء الالتزام ، ينمكس اثر انقضاء الدين على الرهن باستثناء حالة ما اذا انقضى الالتزام بالوفاء المقرون بحلول اتفاقي او قانوني او تجديد الالتزام المقيد في حساب جارى .

- (2) المادة 551 مدني ، تنضي بما يلي :
- « اذا تمهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسوؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » .
- (3) المادة 554 مدني ، تنص على ما يلي :
- « يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدها من مباني او اقامة مباني من منشآت ثابتة اخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فسي الارض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته » .
- (4) يلاحظ في هذه الحالة ان الالتزام الاصلي قد انقضى وبقي الرهن الرهن ضامنا التزام المقاول لجودة العمل ، غير ان هذا الالتزام مستقلي قد يتحقق وقد لا يتحقق ، وبالرغم من ذلك فان البرهن يكون صحيحا طبقا لنص المادة 891 مدني التي نوالي شرحها في موضعها - راجع ص 56 .

اذن فالرهن الذي ترجى منه النتيجة هو ذلك الذي ينعقد لاجل مساو لاجل استحقاق الدين المضمون او اطول منه . اما الفرض الثالث الذي ينعقد فيه الرهن لاجل اقصر من اجل الدين فتطبق عليه احكام المادة 952 مدني التي جعلت من واقعة رجوع الشيء المرهون الى حيازة الراهن قرينة على انقضاء الرهن الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء (1) الرهن . لكن كيف يثبت الدائن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، وهو قد انتهى اجله ؟ ولنا عودة في الموضوع (راجع ص 130) .

3 - اما كون ان الرهن غير قابل للتجزئة : هذه الخصيصة قد تقرررت لصالح الدائن المرتهن، فهي تدعم ائتمان الدائن لانه كلما كان الوفاء جزئيا كان ضمانه اقوى لاستفاء الباقي من الدين . وهي ايضا وسيلة رافعة وضاغطة على المدين، وفي نفس الوقت مشجعة بأن يحرص على استعادة الشيء الذي اصبح بعد الوفاء الجزئي يمثل قيمة اكثر من قيمة الدين المتبقى عليه، باتمام تنفيذ التزامه حتى النهاية . فلو سمحنا مثلا للمدين ان يستعيد جزء من الشيء المرهون ، كلما قام بوفاء جزئي من الدين ، لتقاعس في النهاية على الجزء الباقي من التزامه ،

(1) المادة 952 مدني تنص على ما يلي : " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الغير " يلاحظ ان صياغة هذه المادة تهدو على انها متناقضة مع نص المادة 948 مدني التي تجعل من واقعة التسليم عبارة عن التزام ناشي عن العقد ومع نص المادة 961 مدني التي تجعل من واقعة الحيازة بين يدي الدائن او المدل عبارة عن وسيلة لنفاد الرهن في حق الغير . ومن هنا نتساءل كيف نعترف بوجود الرهن وتنفيذه تجاه الراهن بمجرد تبادل الايجاب والقبول المتطابقين بمقتضى المادة 948 مدني التي جعلت العقد رضائي ، وان تحكم في نفس الوقت بانقضاء الرهن بمجرد رجوع المرهون الى الراهن . اذن ان المادة 952 مدني تتلاءم مع التشريعات التي تجعل من عقد الرهن عقدا عينيا (يتم بالتسليم وينتهي بالرجوع) اما عندنا فلا تتلاءم هذه المادة مع رضائية عقد الرهن . وعليه كان ينبغي ان تعدل المادة على النحو الاتي " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن في حق الغير الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الغير " اما فيما يتعلق بالملاقة التي تربط

الامر الذي يدفع الدائن بأن ينفذ على الجزء الباقي من الشيء المرهون، مما يؤدي بالنتيجة الى كثرة التنفيذات بالمزاد العلني دون صبر. وحتى يقلل من الالتجاء الى هذه البيوع، تقررت في نظرنا هذه القاعدة التي تقوى التزام الدائن في حالة الوفاء الجزئي وفي نفس الوقت تكون حافزا في نفوس المدينين بأن يتمموا اعمالهم وينفذوا التزاماتهم تنفيذا كاملا .

ومضمون قاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة تعني بأن كل جزء مسن المنقول المرهون يضمن كل الدين وان كل جزء من الدين يكون مضمونا بالمنقول كله . فمثلا لو رهن شخص تلفزة والة للخياطة ضمانا للوفاء بدين يقدر مبلغه ب 5000 دينار ثم استطاع هذا الشخص ان يسدد نصف المبلغ الذي عليه ، فلا يحق عليه ان يسترجع احدى اللتين بحجة ان الالة الباقية تكفي لضمان المبلغ الباقي من الدين ، ولما ان الرهن غير قابل للتجزئة ، فالالتان تبقيان ضامتان لنصف الباقي من الدين (1) ، غير ان عدم قابلية الرهن للتجزئة قد تستبعد بنص القانون او باتفاق الافراد على تجزئة الرهن ، وفي حالة عدم وجود الاتفاق يفترض على ان الافراد ارادوا عدم تجزئة الرهن (2) ، حتى يتفق على غير ذلك . وبما ان القاعدة قد تقسرت لمصلحة الدائن كما ذكرنا فانه يجوز للدائن المرتهن بعد انعقاد الرهن ان يتنازل عن حقه في عدم تجزئة الرهن . وبالتالي تستبعد القاعدة .

الراهن بالدائن المرتهن ، فان الاثبات يخضع للقواعد العامة ، بمعنى وان كان المحقد رضائي يجب اتباع اجراءات مقررة في القواعد العامة (مواد 333 مدني وما بعدها) لاثباته لكن متى نجح الدائن في دعواه بأن اثبت وجود الرهن المانع على مال معين للمدين فلا يصح القول بانقضاء هذا الرهن بمجرد توافر واقعة الرجوع (لان عقد الرهن عندنا ليس من العقود العينية وان واقعة الرجوع ليست سببا من اسباب ^{انقضاء} الالتزام بالتالي) انما ينقضي باقامة دليل معاكس من الراهن الذي تنهدم به وسيلة الاثبات الاول ، ذلك باثبات بأن الرهن قد انقضى باي سبب من الاسباب العامة او الخاصة التي تنقضي به الالتزامات ، وعليه فانه ينبغي ان يقع عبء الاثبات بانقضاء الرهن (متى ثبت) على الراهن . في العلاقة بين هذا الراهن والمرتهن ويقع عبء الاثبات على الراهن في العلاقة التي تبشأ بين

وعلى ذلك فان الاصل يقضي بأن الرهن لا يجوز تجزئته الا اذا تنص القانون او اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، ولما كان مبدأ عدم تجزئة الرهن يرمي الى تحقيق مصلحة خاصة بالدائن، وهذا المبدأ وان كان من طبيعة الرهن فهو ليس من مستلزماته (فيمكن لمن تقرر لصالحه ان يتنازل عنه بمعد انشاء الرهن 3) .

هذا ويلاحظ، ان المشرع، لم ينص على هذا المبدأ في الرهن الحيازي، ولم يحيلنا الى النصوص المتعلقة بالرهن الرسمي، وبالرغم من ان نص المادة 950 مدني قد اقتبس منه المشرع حرفياً من التشريع المدني المصري، (المادة 1098 مدني) وهذه المادة تحيل الى احكام الرهن الرسمي والتي تقضي بأن حق الدائن لا يتجزأ (م 1042 مدني) .

وفي اعتقادنا ان حذف نص الاحالة الى هذا المبدأ، قد وقع من المشرع سهواً، ولذلك نقترح استدراكه . باضافة (رقم المادة 892 مدني) في نص المادة 950 مدني، التي تقضي بالاحالة الى بعض احكام الرهن الرسمي . ويكون النص بمعد الاخذ بالاقتراح، كما يلي " المادة 950 : تسرى على الرهن الحيازي احكام المواد 891 و 892 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي .

— هذا الاخير والغير . ومتى اخذنا بهذا التمييز تكون قد رفعنا التناقض المشار اليه وحققنا ما ترمي اليه المادة 948 مدني التي خلصت الرهن من العينية وحققنا في نفس الوقت الحماية للخير التي ترمي اليها المادة 961 مدني .

(1) راجع بهذا المعنى : الدكتور احمد سلامة : دروس في المدخل لدراسة القانونية 1965، مصر، ج 1ا صفحة 257 .

وراجع السنهوري - المرجع السابق - ص 777 .

(2) DALLOZ.Repertoire pratique.T.VIII, nautissement, 1920 p.275, n° 22.

(3) راجع بهذا المعنى السنهوري - المرجع السابق - ص 777 فقرة 524 .

وراجع شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 77 - ف 32 .

المبحث الثاني : مميزات رهن المنقول .

بعد ان اشرنا الى ان رهن المنقول يخضع لنفس المبادئ التي تخضع لها كل الرهون . نريد ان نبين بعض الخصائص التي يتميز بها عن الرهن الحيازي الوارد على العقار وهذه الخصائص نوجزها فيما يلي :

- 1 - فبينما يشترط في الرهن الحيازي الوارد على العقار تقييد عقد الرهن ، فان رهن المنقول يكتفي فيه بنقل الحيازة .
- 2 - في الرهن الحيازي الوارد على العقار تطبيق احكام موحدة اما رهن المنقول فان الاحكام الواجبة التطبيق عليه تكون مختلفة باختلاف طبيعة المال المرهون فيما اذا كان مالا ماديا ام معنويا ، وهل المال المعنوي يتمثل في دين عادي او تمثل في سند اسمي او انسي او لحامله . وكذلك تختلف الاحكام المطبقة باختلاف طبيعة الرهن ذاته فيما اذا كان مدنيا ام تجاريا ، وسنرى ذلك في مواضعها (1).
- 3 - ان للحيازة في رهن المنقول دورا اكثر اهمية من رهن العقار بالنسبة للخير .
- 4 - يكون الحق الوارد على العقار حقا عينيا عقاريا اما الحق الذي يتقرر على رهن المنقول لا يكون الا حقا منقولا (م 684 مدني) .
- 5 - العقار يرهن عادة رهنا رسميا اما المنقول لا يرهن (كقاعدة عامة) الا رهنا حيازيا .

وبهذا ننتهي من الباب التمهيدى لهذا البحث فننتقل مباشرة الى كيفية نشوء الرهن الحيازي الوارد على المنقول ذلك باختلاف طبيعته واشكاله .

(1) راجع في هذا البحث : صفحة 178 وما بعدها و صفحة 194 وما بعدها .

الباب الاول

اركان عقد الرهن

لا يمكن تصور نشوء رهن حيازي الا بتوافر اركانه، وقد خص المشرع هذه الاركان بالنص عليها في المواد 948 و 949 مدني، وحيث ان المادة 948 مدني تنص على ان الرهن الحيازي، وعقد، وقضت المادة 949 مدني على مضمون هذا العقد بأنه لا يجوز ان يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من عقار او منقول .

وعلى ضوء هذين النصين يستفاد من ان عقد الرهن عندنا هو عقد رضائي من حيث النشوء، فلا يخضع لاي اجراء شكلي عكس ما هو عليه الوضع في التشريع الفرنسي (1) .

وان محله يتحدد نطاقه في الاموال القابلة للبيع بالمزاد العلني، وسنوالي شرح ذلك في ثلاث فصول اساسية هي :

- اولها يتعلق : باطراف عقد الرهن .
- وثانيها يتعلق : بالمال المرهون .
- وثالثها : يتناول الالتزام المضمون .

(1) سبقت الاشارة الى هذا التشريع في صفحة 7 حاشية رقم 1 .

الفصل الاول

اطراف عقد الرهن

تنص المادة 948 مدني على ما يلي " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه او على غيره " .

اذن فالرهن يقدمه احد الشخصين المدين نفسه او كقيل عينسي ، والمهم هو ان يكون الراهن مالكا للمال المقدم رهنا ، وان يكون اهلا للتصرف فيه ، هذان الشرطان لم ينص عليهما المشرع عند ما عالج الرهن الحيازي ، وبمكس الرهن الرسمي فقد نص في المادة 884 مدني على ما يلي : " يجوز ان يكون الراهن هو المدين نفسه او شخصا اخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .

وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه . "

فهل معنى ذلك ان الراهن في رهن المنقول لا يتقيد بشرطي الملكية والاهلية ؟ كلا ، لان القول بهذا يؤدي الى عدم انسجام الرهن بالاهداف التي يرمي اليها (وهي تحصيل الدائن من تصرفات المدين او الظروف التي تحل به ، يتمكن هذا الدائن من ان يبيع الشيء المرهون عند عجز المدين بالوفاء بدينه) . اذن هناك نقص في تشريعنا ينهني استدراكه بنص صريح يحيل الرهن الحيازي الى احكام المادة 884 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي على غرار ما فعله المشرع المدني المصري .

هذا واذ كان المشرع لم ينص على شرط امتلاك الراهن للشيء المرهون ، وعلى شرط توافر الاهلية اللازمة ، فان التشريعات الحديثة

راجع المادة 1098 مدني مصري التي تضمنت احالة صريحة الى الحكم الوارد في باب الرهن الرسمي بشأن رهن ملك الغير .

والفقه قد اتفقت على وجوب توافر هذين الشرطين . لذلك فلا نرى مانعا من تطبيق نص المادة 884 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي عن طريق القياس . وسنوالي شرح هذين الشرطين على التوالي . فنتناول شرط الاهلية في المطلب الاتي ونرجي* الشرط الثاني الى المطلب الذي يلي بعده ، عند الكلام عن المال المرهون .

المبحث الاول : الاهلية .

بادئ* ذي بدء* ينبغي ان نفرق بين اهلية الادارة واهلية التصرف بما فيها اهلية التبرع ، حتى يرفع الالتباس بين هذه المصطلحات من البداية .

يرى الفقه على ان كل تصرف في اصل الشيء* هو من اعمال التصرف ، وكل تصرف في ثمار الشيء* هو من اعمال الادارة . وعليه يكون البيع مثلا تصرفا اذا ورد على اصل الشيء* ويكون ادارة اذا ورد على ثمار الشيء* (1) ، والتصرف في حد ذاته له معنيين : اما ان يعني به تصرفات دائرة بين النفع والضرر ، واما ان يعني به التصرفات الضارة ضررا محضا ، اي يقصد به التبرع . وتظهر اهمية التفرقة بين هذه الاحوال في المثال الاتي :

ان اعمال القاصر المميز (2) والمأذون له بادارة امواله او من كان في حكمه (2) تندرج صحتها كما يلي : فمارسته للاعمال الادارية المحضة تكون صحيحة ، وممارسته للاعمال التصرفية (اي الاعمال الدائرة بين النفع والضرر) تكون قابلة للابطال بالنسبة له ، ويمكن تجنب هذا العيب بانابة عنه ولي شرعي كالاب (والجد عند البعض) او الوصي او القيم (3) في مهاشةرة هذه التصرفات متى اذنتهم المحكمة عن ذلك .

(1) راجع : الاستاذ سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 183 - ف 74 .

(2) تنص المادة 42 مدني على ما يلي " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ، او عته او جنون . يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة " .

(3) يسمى عندنا بالمقدم طبقا لما ورد في قانون الاسرة الصادر بتاريخ 12/6/84 .

اما ممارسة الاعمال التبعية (اى التصرفات الضارة ضررا محضا) .
تكون باطلية بطلانا مطلقا ، ولا يجوز ان ينوب عنه بالتالي الولي او الوصي
او القيم في ممارسة هذه التصرفات حتى لو حدث ان اذنتهم المحكمة
في ممارستها .

ويمد رفع هذا الالتباس بين هذه المفاهيم نتناول مباشرة شرط
الاهلية .

المطلب الاول : اهلية الراهن .

قلنا بأن الراهن كما يمكن ان يكون المدين نفسه او شخص ثالث يقوم
مقامه ويسمى بالكفيل الميني . ولذلك فاننا نتناول اهلية كلا من الشخصين
على التوالي :

1 - اهلية المدين :

نظرا لكون عقد الرهن من العقود التي تدور بين النفع والضرر (1)
بالنسبة للمدين ، فيجب ان يكون لديه اهلية التصرف ، وعلى ذلك فالمعقد
الذى يبرمه الصبي ، غير المميز ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه (2) يكون
باطلا بطلانا مطلقا . اما المعقد الذى يبرمه الصبي المميز او من كان
محجورا عليه لسفه او غفلة ، يكون قابلا للابطال (3) ولا يكون هذا المعقد

(1) راجع شمس الدين الوكيل - ص 83 - ف 38 ، راجع سمير تناغو- المرجع السابق

ص 62 - ص 20 ، راجع السنهورى - المرجع السابق - ص 337 فقرة 150 .

(2) تنص المادة 42 مدني على ما يلي " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان
فاقد التمييز لصغر سنه ، او غفلة او جنون ، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة
عشر سنة ، سبق الاشارة اليها .

(3) تنص المادة 43 مدني على ما يلي " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد
وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا او معتوها يكون ناقص الاهلية وفقا لما يقرره
القانون (قارن بين المادتين 42 مدني و 43 حيث ان الاولى تنفي الاهلية
عن عديم التمييز اما الثانية فانها تقر له بالاهلية الناقصة" .

صحيحاً حتى لو اذن له في تسليم امواله وادارتها، لان هذا الاذن لا يعطيه الا اهلية الادارة اما اهلية التصرف تبقى غير كاملة باعتبار هو "لا" في نظر القانون ناقصي الاهلية (1) .

ويجدر بنا ان نلاحظ من ان بعض الفقهاء يرون ان الماذون له/يجوز بالادارة له ان يمارس بعض اعمال التصرف الملحقة بالادارة ذلك كشراء الاسمدة والبذور وبيع المحصول او رهنه ونحن نؤيد هذا الراي لانه يوافق غرض التشريع وهو ما نصت عليه المادة 573/2 مدني حيث تقضي بما يلي " . . . ويعتبر من العقود الادارية الايجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع اعمال التصرف كبيع المحصول وبيع البضاعة او المنقولات التي يسرع اليها التلف وشراء ما يلزم الشيء محل الوكالة من ادوات لحفظه ولاستغلاله .

بالاضافة الى ذلك ان من تقرر له حق التصرف بالبيع يكون بدهامة له الحق في الرهن، وان كانت هذه المادة لا تتكلم عن الرهن، فانها نصت على تصرف اخطر منه وهو البيع . وانما لا يصح الرهن الا فيما صح بيعه (وهو الشيء الذي يكون قابلاً للتلف خلال مدة زمنية محددة) كالمحصول والبضائع وغيرها) .

وينبغي ان نشير في هذا الصدد الى ان القاصر غير المميز ومن في حكمه (كالمجنون والمعتوه) والقاصر المميز ومن في حكمه (كالمحجور عليه لسه او لنفلة) يجوز ان ينوب عنهما، الوكيل او الولي او الوصي او القيم في ابرام عقد الرهن باعتباره تصرفاً يدور بين النفع والضرر، غير انه ينبغي ان نميز هنا بين ما اذا كانت النيابة وكالة فلا بد من ان تكون وكالة خاصة طبقاً لما تنص عليه المادة 574 مدني (2) .

-
- (1) السنهوري - المرجع السابق - ص 337 فقرة 150 حاشية رقم 2 .
(2) تنص المادة 1/574 مدني على ما يلي " لا بد من وكالة في كل عمل ليس من اعمال الادارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء " اذن ان اعمال البيع والرهن لا تعتبر من اعمال الادارة، الا اذا كان الامر متعلق ببيع او رهن المحصول او شيء اخر قابل للتلف .

وبين ما اذا كانت النيابة من ولي او قيم او وصي حيث تطبق عليهما احكام المادة 44 مدني (1) التي تخضع نيابة هؤلاء التي احكام خاصة بها . وبما ان اهلية القصر والمحجور عليهم وغيرهم عن عديمي الاهلية قد احالنا المشرع الى قانون الاحوال الشخصية بمقتضى المادة 79 مدني فلا يسمنا الا الرجوع الى قانون الاسرة الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984 .

2 - اهلية الكفيل الميني :

تختلف الاهلية المطلوبة في الكفيل الميني باختلاف نوع التصرف الذي قام به فاذا كان بالمقابل فلا تطلب منه الا التمتع باهلية التصرف اما اذا كانت كفالته تبرعية فيجب ان تكون لديه اهلية التبرع لان هذا التصرف الاخير من التصرفات الضارة ضررا محضا ، وبما انه يجوز للكفيل ان ينسب عنه شخصا اخر لاهرام الكفالة ، بوكالة خاصة ، فيجب ان يعين محل الرهن تعيينا نافيا للجهالة طبقا لما تنص عليه المادة 574/2⁽²⁾ اما الولي والوصي والقيم فلا يجوز لهم ان يقوموا بتصرفات تبرعية على حساب القاصر او من كان في حكمه وبالتالي فان كفالتهما تكون باطلنة بطلانا مطلقا . ذلك طبقا للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز للمحكمة بأن تأذن للولي والوصي والقيم ، بان يتصرفوا تصرفا ضارا ضررا محضا على حساب القاصر او من كان في حكمه (3) .

(1) تنص المادة 44 مدني على ما يلي " يخضع فاقد الاهلية وناقصوها بحسب الاحوال

لاحكام الولاية او الوصاية او القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون "

(2) تنص المادة 574/2 بما يلي " الوكالة الخاصة في نوع من انواع الاعمال القانونية

تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل من التبرعات .

(3) وبهذا المعنى ينص : قانون الاسرة الصادر بتاريخ

12 يونيو 1984 . في نص المادة 288 منه

بأن " على الولي ان يتصرف في اموال القاصر تصرف الرجل الحريص ، ويكون

مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام ، وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات

التالية : " 2 - بيع المنقولات ذات الاهمية الخاصة . . . " فيستفاد من هذا النص -

المطلب الثاني : اهلية الدائن المرتهن .

اختلف الفقهاء في مدى الاهلية التي ينبغي توافرها لدى الدائن المرتهن ، اذ بينما يشترط البعض ان تتوفر فيه اهلية الاغتناء (1) فحسبه يرى البعض الاخر على انه يجب ان تتوفر فيه اهلية التصرف، ذلك في نظر هذا الرأي الاخير ان الارتهان هو بمثابة استيفاء للدين ، والدين لا يستوفى الا ممن كان يملك هذا القدر من الاهلية (2) .

اما التشريع الجزائري فقد جعل من عقد رهن المنقول عقدا رضائيا لكنه ملزما للجانبين وبالتالي فهو من قبيل اعمال التصرف، فكما يتمين على المدين توافر لديه اهلية التصرف بأن يتحمل الالتزام الناشئة من عقد الرهن، والنتائج التي قد تترتب عنه (وهو بيع الشيء عند عدم الوفاء) ينبغي ان يتوافر في الدائن المرتهن نفس القدر من

انه طالما ان الولي يشترط في تصرفاته الحصول على اذن القاضي في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (كالبيع مثلا) وانه طالما ان سلطة القاضي فسي اعطاء هذا الاذن مقيدة بنص المادة 89 من القانون والتي توجب عليه ان يراعي في اعطاء الاذن حالة الضرورة ومصلحة القاصر .
فمن باب اولي نستنتج من انه لا يجوز للولي وان اذن من طرف القاضي ان يتصرف في اموال القاصر تصرفا ضارا ضررا محضا كالقيام باعمال التبرع مثلا ، والكفالة هي عمل تبرعي اصلا .
وينطبق نفس الحكم على الوصي والقيم ذلك بحكم الاحالة التي وردت في نص المادة 95 من قانون الميراث الى المادة 88 المذكورة اعلاه والمتعلقة بسلطات الولي على اموال القاصر او من كان في حكمه .

MAEBAUD.P.279. n° 270

(1)

سرميني وترماني - ص 99 بند 85 - سوار : الحقوق العمينية - ج 1 ص 50
بند 45 -

(2) شاكر حيدر : ص 108 بند 90 اشار اليه محمد وحيد سوار - المرجع السابق
ص 50 - بند 45 حاشية رقم 1 - السنهوري - ج 10 - ص 341 - منصور مصطفى
منصور - بند 8 المرجع السابق - تناغو - ص 183 .

الاهلية لكي يتحمل بدوره الالتزامات الناشئة عن نفس العقد ، وسوف نرى ان المدين يلتزم بتسليم الشيء المرهون ويضمن سلامته ونفاذه وهلاكه من جهة .

وان الدائن يلتزم بدوره بالحفاظ والصيانة للشيء المرهون كما يلتزم بالادارة والاستثمار عند الاقتضاء والرد عند الاستيفاء من جهة اخرى .

المبحث الثاني : اجازة عقد الرهن .

سبق وان ذكرنا بان عقد الرهن الحيازي يعتبر من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن ، وعلى ذلك فلا يقتضي توافر فيما سوى اهلية التصرف .

وفي حالة ما اذا كان احدهما (المدين او الدائن) او كلاهما قاصرا فيكون عقدهما صحيحا ، لكن يكون قابلا للابطال ، ويبقى كذلك مهتدا بهذا الابطال حتى ترد عليه الاجازة .

ويكون الحق في الاجازة عندنا للاشخاص التالية :

- 1 - القاصر عند البلوغ ولو كليل عنه بوكالة خاصة طبقا للمادة 100 مدني (1) .
- 2 - للاب ، والجد ، والوصي (2) دون اذن المحكمة على خلاف بعض التشريعات

-
- (1) تنص المادة 100 مدني بما يلي " يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة او الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير .
 - (2) نص المادة 92 من قانون الاسرة : وفيما يتعلق باجازة الجد فان نصه المذكور لم يشير اليه لكن يستفاد من النصوص الاخرى التي وضعت الجد مكان الاب في الولاية مثل ما نصت عليه المادة 92 من القانون : التي تقتضي بما يلي " يجوز للاب او الجد تعيين وصي لولده القاصر .
- وبما ان الوصي الذي ثبت له حق الاجازة بنص المادة 83 من قانون الاسرة قد يقع تعيينه من طرف الجد ، طبقا لنص المادة 92 المذكورة ، كالباب تماما ، مما يفيد ان للجد سلطة الاجازة من باب اولى (فهو اقوى من الوصي) .

الاخرى التي تستلزم في اجازة الجرد والوصي والقيم اذن المحكمة (1) او تستلزم في الاجازة اتمام شروط شكلية (2) .

هذا ولقد شار خلاف بين الفقهاء (3) حول تفسير العبارة الواردة في المادة 100 مدني التي تقضي بأن الاثر الرجعي للاجازة ينبغي الا يمس بحقوق الغير .

فذهب البعض الى تفسير هذه العبارة تفسيراً واسماً حيث يرون بان كل اجازة صدرت من القاصر عند البلوغ بعد تعلق حق الغير بالشيء الذي كان محلاً للتصرف المجاز، تكون غير صحيحة .

وليتضح لنا ذلك نورد قول عبد المجيد الحكيم (3) الذي يتلخص فيما يلي "والاجازة تصحح العقد باثر رجعي، فيعتبر العقد صحيحاً من وقت ابرامه لا من وقت الاجازة . ولكن هذا الاثر الرجعي للاجازة لا يكون الا فيما بين المتعاقدين ولا يوجب ثر على الحقوق التي اكتسبها الغير على الشيء محل العقد .

ويقول "فلوباع قاصر مثلاً عينا وبعد بلوغه سن الرشد لم يتمسك بالبطلان ولكنه رهن المين، ثم اجاز البيع الذي صدر منه وهو قاصر، فان اجازته للبيع لا توجب ثر على حق الدائن المرتهن وتنتقل المين الى المشتري مثقلة بحق الرهن، ولا يكون للاجازة اثر رجعي بالنسبة للدائن المرتهن، والا وقع

(1) القانون المصري والسوري، السنهوري - ج 10 - ص 336 - محمد وحيد سوار ص 44 . المرجع السابق .

(2) ان نص المادة 1338 مدني فرنسي يستلزم في الاجازة توافر شروط شكلية معينة وهي : بيان جوهر الالتزام وسبب قابليته للابطال والتصريح بالرغبة في اصلاح الميب " L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre la loi admet l'action en nullité ou en rescision, s'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif, de l'action en rescion et l'intention de reparer le vice sur lequel cette action est fondée..."

(3) اشار اليهم الاستاذ عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد، ج 1 طبعة بغداد سنة 1967 فقرة 710 ص 492 .

الرهن باطلا . واذا كان العقد الذي صدر من القاصر هو الرهن، والعقد الذي صدر منه بعد بلوغ سن الرشد هو البيع، فإن المبيع ينتقل إلى المشتري خاليا من الرهن ويبطل الرهن الذي كان القاصر قد عقده قبل بلوغه .

واذا كان كل من العقد الذي أبرم أثناء القصر والعقد الذي أبرم بعد البلوغ بيعا، أو رهنا، فإن المشتري أو المرتهن الثاني هو الذي يفضل على المشتري الأول أو المرتهن الأول (1) .

ونحن في نظرنا ان هذا الرأي لا يتفق مع الواقع ذلك ان في المشال الاول يكون القاصر الذي أبرم عقد الرهن عند البلوغ، على شيء قد سبق ان باعه أثناء قصره بمثابة تصرف في ملك الغير (2) .

ونحن نعلم ان رهن ملك الغير وان كان صحيحا بين اطرافه لكن لا ينفذ في حق المالك الحقيقي الا باقراره، وكيف يقال ان العين تنتقل إلى المشتري مثقلة بحق الرهن .

وكذلك ان تفضيل المرتهن الثاني على المرتهن الأول في رهن المنقول لا يقوم على اساس الاولوية في انشاء العقد بل يقوم على اولوية في الحيازة

(1) يقول الاستاذ عبد المجيد الحكيم نقلا عن بلانيول ج 2 - ف 1301 هامش رقم 7 الذي نقل بدوره عن بلانيول وريبير وبولا نجية، ج 2 ف 872، بان الفقهاء يملكون هذا الوضع على ان القاصر الذي يتصرف بعد بلوغه بالشيء الذي كان قد تصرف به أثناء قصره، يتمهد تعهدا ضمنيا بالمعمل على ابطال العقد الاول، لان العقد الثاني لا يمكن ان يكون نافذا الا اذا زال العقد الاول من الوجود، المرجع السابق - ص 492 .

(2) بلانيول ج 2 ف 872 - اشار اليه عبد المجيد الحكيم - ص 492 - حيث يقول : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه ولذلك يكون الرهن الصادر منه بعد بلوغه صادر من غير مالك، فهذا باطل وقد اجيز البيع فاصبح صحيحا بوجه نهائي وتنتقل العين إلى المشتري خالية منه .

اذن العبارة بتوافر الحيازة وبالتالي فان الدائن المرتهن الاول قد حاز الشيء المرهون من القاصر ثم بعد البلوغ انشأ هذا الشخص الذي كان قاصر رهنا ثانيا على الشيء المرهون، ثم اجاز الرهن الاول، فالاولوية تكون للدائن المرتهن الاول (عكس النظرية) ولو ان الاجازة قد صدرت بعد انشاء الرهن الثاني .

- اما الراى الثاني فيرى بان الاجازة تسرى باثر رجعي النى تاريخ انشاء العقد بشرط الا تكون الملكية قد انتقلت من ذمة القاصر الى ذمة الغير .

وطبقا لهذا الراى فان العبارة الواردة في نص المادة 100 مدني، ينبغي ان تفسر تفسيراً ضيقاً، وعلى ذلك ان عبارة (حق الغير) لا يقصد بهىسا سوى من اكتسب على الشيء حق الملكية .

اما من اكتسب حقاً عينياً اخر (غير حق الملكية) فلا يتمثل اثر الاجازة .

والنتيجة طبقاً لهذا الراى : ان القاصر الذى يرهن منقولا اثناء قصره (قبل البلوغ) وعند البلوغ يبيع الشيء ثم يجيز، بعد البيع الرهن فتكون هذه الاجازة عديمة الاثر لانها صدرت من غير مالك .

اما اذا رهن القاصر (قبل البلوغ) منقولا، ثم اجرى عليه عملية الرهن ثانية بعد البلوغ، قبل اجازة الرهن الاول، ثم اجاز الرهن الاول (بعد الرهن الثاني) فان الافضية تكون لصاحب الرهن الاول، لان الاجازة تصحح العقد باثر رجعي فيعتبر العقد صحيحاً من وقت ابرامه لا من وقت الاجازة فحسب (1) .

ونحن نؤيد هذا الراى لموافقته مع غرض التشريع (المادة 100م)

(1) السنهوري - ج 10 - ص 338 فقرة 150 .

هذا ونشير انه كما يزول التهديد بالابطال ،بالاجازة ،كما راينا
يمكن ان يزول ايضا بسقوط الحق في الابطال ، بالتقادم المسقط الذي
نصت عليه المادة 101 مدني (1) .

المبحث الثالث : المنع من التصرف .

قد يكون المنع من التصرف ناتجا من نقص الاهلية الناشئة عن نقص
في التمييز،وقد يكون ناتجا لعدم قابلية المال للتصرف، وفي هذه
الحالسة يكون الشخص بالغاً سن الرشد وتمتعاً بقواه العقلية،ومع ذلك
يمنع من التصرف في مال معين له (2) . ومصدر المنع قد يكون ارادياً
كالمقد والوصية، او غير ارادى مثل حرمان القانون المفلس او المعسر
من التصرف في ماله .

المطلب الاول : كون المنع من التصرف مصدره القانون .

اما كون المنع من التصرف مصدره القانون ، ذلك ما نصت عليه المادة
244 تجارى التي تمنع التاجر بمقتضاها في حالة افلاسه من ان يدير
او يتصرف في امواله وقد عدت نص المادة 247 تجارى الاعمال التي تهدف
الى اضعاف الضمان العام لمجموعة الدائنين وجعلتها غير سارية في حقهم
وذلك مثلا الاعمال الناقلة للملكية بغير عوض،بعض انواع الوفاء او المقاصة او تقرير
حقوق الرهن على بعض امواله وغير ذلك .

ولا يقتصر الامر على شخص التاجر فحسب بل يشمل ايضا اشخاصاً
غير التجار مثل ما نصت عليه المواد 191 و 1/196 مدني التي جعلت تصرفات

(1) ويلاحظ ان نص المادة 101 مدني قد حدد مدة التقادم في 10 سنوات ولا ترى
مهدداً في ذلك وان طول هذه المدة قد تضرب بالدائن المرتهن الذي يظل تصرفه
معلقاً ومهدداً طول هذه المدة .

وفي نظرنا ان الحل الوسط الذي تبناه المشرع المصري بنص المادة 140 مدني وهو
ثلاث سنوات احسن من النظام الجزائري والسوري الذي بالغ بدوره في تقصير هذه
المدة وجعلها سنة واحدة (م 1/141 مدني) .

(2) عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - فقرة 267 - ص 211 .

الأشخاص الممسرين غير سارية في تجاه جماعة الدائنين متى كانت هذه التصرفات قد أبرمت في فترة الإعسار. بالإضافة الى هذا قد يتدخل المشرع لمنع التصرف في مال معين، ولا يقصد بهذا المنع حماية اشخاص معينين، كما رأينا، بأن المواد السابقة تحمي الدائنين او الموارد الأخرى التي تحمي الاصيل، كان يمنع النائب، في الاصل، بأن يبيع ماله للاصيل في حدود مضمون المادة 77 مدني). انما يقصد بهذا المنع حماية المال، نفسه، من التصرف فيه، كمنع التصرف في الاصول المصانة والحجز عليها او تملكها بالتقادم.

المطلب الثاني: كون المنع من التصرف مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة.

اما كون المنع من التصرف مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة فلم نجد هناك نص في التشريع الجزائري. وعلى ما يبدو ان اغفال النص على هذا الموضوع والسكوت عليه، يفيد بأن المشرع يريد الاخذ بما انتهى اليه الفقه الاسلامي الذي لا يقر هذا الشرط (1).

ويا حبذا لو اخذ تشريعنا بما اخذ به القانون المدني المصري م 823 ، والسوري م 778 وما انتهى اليه الفقه والقضاء الفرنسي (2).

(1) ل محمد وحيد سوار : ابحاث اساسية في القانون المدني الجزائري ، محاضرة القايت لطلاب الماجستير لسنة 1978/1979 - ص 12 ، وراجع ايضا عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق - ص 339 . وراجع ايضا عبد المجيد الحكيم ، حيث بين بأن المذاهب الاسلامية جلتها قد اتفقت على ان كل الشروط جائزة الا ما خالف مقتضى العقد كان يبيعه بشرط ان لا يملك او ان لا يبيع ما ابتاعه وهكذا " ص 416 فقرة 573 .

(2) ل محمد وحيد سوار : ابحاث اساسية في القانون المدني الجزائري - المرجع السابق ص 12 .

حيث يقضي القانون المصري والسوري على ما يلي إذا تضمن المقصد او الوصية شرط يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مهنيا على باعث مشروع، او مقصورا على مدة معقولة .

2 - ويكون الباعث مشروعا، متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف له، او الغير .

3 - والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير (1) .

اما الفقه والقضاء الفرنسي، فقد اخذ بهذا الشرط بمدد جدل حاد شار حول طبيعة هذا الشرط وما ينبغي ان يخضع له من شرائط .

وفي هذا المجال يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل ما يلي :
" قد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط، فاتجه الراى الى ان المنع من التصرف ينتقص من اهلية المالك .

وبحسب هذا الراى على انه لا يتسق مع احكام الاهلية ذلك ان هذا الانتقاص اذا اصاب اهلية الوجوب، فمعنى هذا يتقرر البطلان المطلق لتصرف المالك في المال المخالف لشرط المنع، وفي هذا مجاوزة للغاية في تقرير الشرط .

وانا اصاب هذا الانتقاص اهلية الاداء، فمنطق هذا الحكم يقضي الى امكان وجود نائب عن المالك المنوع عنه التصرف يباشر عنه هذا الاخير، وهذا يهدر الحكمة من قيام الشرط . ويقول الاستاذ أن الراى الذى بيد ولنا صائبا هو

(1) د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - فقرة 58 - ص 38 حاشية رقم 1- وراجع السنهوري - فقرة 149 - ص 339، ج 10، وعلى هذا الراى اسماعيل غانم الحقوق العينية الاصلية - ص 59 - فقرة 59 - وحسن كيرة - الحقوق العينية الاصلية - ص 268 وما بعدها مشار اليهما من طرف شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 38 .

الذى يقضي بان شرط المنع من التصرف يتضمن قيда على سلطات المالك هذا القيد لا ينفى ان يتجاوز الهدف من تقريره، وهو حماية مصلحة مشروعة لهذا تقرر الشرط لصالحه، ويقدر هذا الهدف بتحديد نطاق المنع من التصرف والجزاء المترتب على مخالفته (1).

ونحن نميل الى تأييد هذا الرأى الاخير الذى يرى ان شرط المنع من التصرف يتضمن قيда على سلطات المالك (وليس قيدا واردا على الاهلية بنوعيهما " بدليل انه لو اجرى التصرف في المنقول بالرغم من وجود شرط عدم جواز التصرف فيه (بالبيع مثلا او الرهن) فلا يحتج بهذا الشرط ضد الحائز حسن النية .

هذا واذا كان الطرف عقد الرهن قد استوجبت توافر شروط امتلاك المرهون للشئ المرهون وتوافر الاهلية اللازمة في اطراف العقد سواء كان الطرف دائنا ام مدينا ام كفيلا . فان هناك شروط اخرى يجب توافرها في المال المرهون، ذلك ما نبحثه في الفصل الثاني .

(1) المواد 823 مدني مصرى و 778 مدني سورى .

الفصل الثاني

المال المرهون

تنص المادة 950 مدني بما يلي " لا يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقارر" (1) .

وعلى ضوء هذه المادة يستفاد من ان الرهن الحيازي قد يرد على عقار او منقول . ونحن لا ندرس في هذا البحث الا ما يتعلق بموضوعنا وهو المنقول .

ويلاحظ على هذا النص انه يتضمن شرطين وهما قابلية التعامل بالمنقول بالبيع في المزاد العلني، وان يجوز بيع المنقول بصفة مستقلة غير ان الفقه وبعض التشريعات يضيف شرطا ثالثا وهو ان يكون المنقول مملوكا للراهن .

وسنتناول شرح هذه الشروط فيما يلي :

(1) يلاحظ: ان المادة 2/951 تنص على ملحقات المال المرهون بقولها : " يسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع" غير ان هذه الاحالة لا محل لها في قانوننا (سبوا) وهي مقتبسة من المادة 1099 مدني مصرى التي تحيل على المادة 432 مدني مصرى المتعلقة بتسليم المبيع حيث تنص بما يلي : " ان التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء" وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

وفي نظرنا انه يمكن للمحاكم ان تستأنس بما هو معمول به في التشريع المصرى فيما يتعلق بملحقات المال المرهون باعتباره مصدرا تاريخيا لقانوننا . وبذلك تعتبر من ملحقات المال المرهون في المنقولات، حسب طبيعة المال وعرف الجهة او قصد المتعاقدين ، فاذا كان المال شاحنة مثلا شمل الرهن ما يلازمها من العجلة الاحتياطية وبعض ممدات الاصلاح ، واذا كان محل الرهن ميزانا مثلا الحقت به المكاييل المستعملة عادة وهكذا

المبحث الاول : الشروط الواجب توافرها في المال المرهون .

المطلب الاول : قابلية التعامل في المنقول بالبيع .

اما كون قابلية التعامل في المنقول بالبيع، يعني الا يكون المنقول خارجا من دائرة التعامل (بطبيعته او بحكم القانون م 682 مدني) وعلى ذلك فلا يجوز رهن الاموال العامة او الحقوق التقاعدية لانها لا يمكن التصرف فيها .

اما المنقولات التي يجوز التعامل فيها بالبيع فتكون صالحة محلا للرهن الحيازي ولا يههم بعد ذلك في نوعية المنقول او اختلاف طبيعته، فكما يجوز رهن المنقولات المادية، قيمة كانت ام مثلية، كالمجوهرات وحيوانات الاستعمال او غير الاستعمال (1) او البسة او حبوب او سيارات، يجوز رهن المنقولات المعنوية، باختلاف انواعها كالديون وحق المؤلف (الجانب المالي منه) وهراة الاختراع والسندات الاسمية والاذنية، والنقود الاثرية، وبما ان السندات لحاملها يندمج الحق في السند ذاته الذي يمثله ويتداول الحق فيها عن طريق التسليم فتأخذ حكم المنقول المادي .

هذا وقد اختلف في طبيعة الرهن الوارد على النقود . اذ يرى البعض من الفقهاء من ان هذا الرهن هو رهن ناقص ويسمى *Gage irregulier* قياسا على الوديعة التي تقع على النقود والتي تسمى بالوديعة الناقصة (2) ففي نظر اصحاب هذا الراى ان الرهن الوارد على النقود هو صورة من صور الكفالة .

وعلى خلاف هذا الراى هناك بعض الفقهاء يرون ان هذا النوع من الرهن هو رهن حيازي كامل ، وهو كثير الوقوع في الحياة العملية، فالمبالغ

(1) بهذا المعنى، السنهوري - المرجع السابق - فقرة 516 ص 764 - ج 10 .
(2) د. علي سليمان : ف 30 - ص 556، السنهوري : ص 764 - ج 10 ، كذلك راجع مقال جرائيل جايولد ، منشور في انسكلوبيدي الوزج 2 لفظ *Gage* ص 862 - فقرة 194 اشار اليه شمس الدين الوكيل - ص 467 حاشية رقم 1 .

التي يدفعها المستاجر للموَجِر للوفاء بما يستحقه في ذمته من تمويض،
تعتبر رهنا لدى الموَجِر. كذلك ان المصالح الحكومية قد تتلقى من
الافراد تامينات ممجلة لقاء تقديم لهم خدمات كالاشتراك في التليفون
او الهاتف واجرة المياه (1).

ونحن نميل الى هذا الراى الاخير، ذلك لان النقود لا تخرج على كون
هذا المال من انه مثلي، والمال المثلي يجوز رهنه في كل الاحوال. كما
هو في الامر، ان هذا المال المثلي قابلا للاستهلاك وعندما يكون الميال
كذلك فالدائن المرتهن يكون مالكا له (2) لكن يلتزم برد ما يعاد له تطبيقا
للقواعد العامة التي تحكم المدينين بالاشياء المثلية (3).

(1) راجع شمس الدين الوكيل : المرجع السابق - فقرة 179 - ص 467 الذي يقول
" وقد جرى الاصطلاح على سبيل الخطا والتجاوز باعتبار هذا الضمان صورة
من صور الكفالة، والصحيح اننا بصدده رهن حيازي كامل " كذلك راجع
الاخوان : MAZEAUD المرجع السابق - ص 68 فقرة 60 حيث يقول :
Le gage qui porte sur une somme d'argent, est couramment
nommé " cautionnement " alors qu'il s'agit d'un gage véritable "

(2) راجع : MAZEAUD المرجع السابق - ص 73 - رقم 65 .
DALLOZ, Repertoire Pratique 1920, T VIII nautissement
P. 275, n° 9 et 46

(3) يلاحظ : ان الفقه الاسلامي لا يبيح رهن النقود ابتداء لانها لا تتعين
بالتعيين، ولكن يصح رهنها تبعا، كما لو باع المرتهن الشيء
المرهون باذن الراهن او باذن القاضي ويكون في هذه الحالة الثمن
رهنا لديه، فحمد وحيد سوار، الحقوق المينية، ج 1 - ص 198 -
حاشية رقم 1 نقلا عن الاستاذ شاكر حيدر، فقرة 205 - ص 197 من
شرح القانون المدني العراقي الجديد، الحقوق المينية المقاربة
الجزء 1 - بغداد - 1953 .

هذا وقد سمي المشرع الجزائري بالكفالة، المبالغ التي يضعها الاشخاص لدى الخزينة ضمانا لكفالتهم احد المتعاقدين في عقد المقاولة (1) دون ان يميز بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية .

المطلب الثاني : قابلية بيع المنقول بصفة مستقلة بالمزاد العلني .

يجب ان يكون المنقول قابلا ببيعه بصفة مستقلة بالمزاد العلني ، وهذا الشرط اقتضته الحكمة من الرهن ذاته ، ذلك لان الهدف منه هو تخصيص حقوق الدائن وضمان له الاستيفاء لحقه من المال المرهون ، مهما تغيرت الحالة المالية للمدين ، كالأعسار او الافلاس او السلوكية كالتقاعس او التهاون بالوفاء بالديون التي عليه .

ولكي يتجنب الدائن هذه المظاهر المحفوفة بالمخاطر، يجب ان يتحقق من ان المنقول، المقدم للرهن، قابل لبيعه في السوق او بالمزاد العلني عند الحاجة الى هذه الوسيلة . ان لا يكفي ان يكون المنقول قابلا للتعامل فيه دون التصرف فيه ، ذلك ان هذه السلطة لا تعني الا سلطة الادارة .

ولما كانت قابلية بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني، هي شرط في المال المرهون فان انشاء الرهن، على حق الارتفاق او التامينات

(1) تنص المادة 82 من قانون الصفقات العمومية الصادر بامر مؤرخ في 17 جوان 1967 على ما يلي " لا يقبل اي شخص طبيعي او معنوي كفيلا من طرف السلطة المتعاقدة اذا لم يدفع الى الخزينة كفالة تقدر ب 200 000 د ج . ولا يجوز باى حال من الاحوال استرداد هذه الكفالة الا بقرار من وزير المالية والتخطيط - ويضمن الكفيل جميع التعهدات التي يلتزم بها بصفته كفيلا شخصيا متضامنا" مما يفيد من هذا النص من ان المبالغ المقدمة لضمان الالتزامات الناشئة عن عقد الكفالة التضامنية ما هي الا تامينات عينية واردا على شيء معين بالنسوع وهو النقود . ومع ذلك سماها المشرع بكفالة ولعله يقصد بهذه العبارة الكفالة العينية .

(كالكفالة بنوعيهما والرهن بانواعه وغيرها) الذي يسميه الفقه بانشاء الرهن على حق الرهن Gage sur Gage وكذلك المقارنات بالتخصيص، لا يجوز لعدم جواز وعدم قابلية بيع هذه الاموال استقلالا بالمزاد العلني (1) .

(1) وهذا المعنى الاستاذ السنهوري - المرجع السابق - ص 764 فقرة 516 ج 10 .

- كذلك الاستاذة للازو. Les Mazeauds الذي يقول بان القضاء الفرنسي ذهب الى ان منع ورود الرهن الحيازي على المقارنات بالتخصيص مستشهدا عن ذلك بحكم صادر من محكمة Grenoble بتاريخ 1903/03/03 والمنشور بسيري 1905 - 02 - 230 .
- وحكم اخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1944/06 / 27 والمنشور بالمجلة الاسبوعية القانونية 1945، لا، رقم 2782 .

- راجع: MAZEAUD, Page 73, N° 65.

- كذلك تكون الاموال غير قابلة للحجز والتالي غير قابلة للبيع بالمزاد العلني اذا اكتسبت الصفات الاتية :

1 - الاموال العامة والمؤسسات اللاحقة بها كقنصيات الاطباء والمحامين والاقاف .

2 - اموال بعض الجهات الاجنبية (الدولة ذات السيادة، منظمة الامم المتحدة وفروعها بسبب منافاة التنفيذ عليها لقواعد اللياقة او لتمتعها بالحصانة القضائية .

3 - الحقوق المتعلقة بشخص المدين : صور عائلية، حق السكن، رسائل وغيره .

4 - الاموال ذات الصفة التابعة : كالحقوق العينية التعمية .

راجع في ذلك نصرة منلا حيدر، طرق التنفيذ الجبري - دمشق 1967 - ص 357/306 .

المطلب الثالث : يجب ان يكون الشيء المرهون مملوكا للراهن (1) .

لما كانت عطية الرهن، هي بمثابة تصرف في شيء المرهون، وبالضرورة ينبغي ان يكون المتصرف مالكا للشيء المتصرف فيه، وكذلك ان الرهن يتأثر بكل الحالات التي عليها ملكية التراهن، فان كان هذا الاخير مالكا تحت شرط واقف، فلا يصبح الرهن باتا الا بتحقق هذا الشرط، وان كان مالكا تحت شرط فاسخ، فلا يصبح الرهن باتا ايضاً الا بانتفاء هذا الشرط .

وعلى ذلك فان تحقق الشرط الفاسخ او عدم تحقق الشرط الواقف يؤدى الى زوال الملكية باثر رجعي عن المالك، وبالتالي يزول رهنه باثر رجعي كذلك .

ولما كانت الملكية شرط في صحة الرهن، فيطرح السؤال عما اذا كان الرهن المقدم من غير مالك يكون صحيحا ام لا ؟ ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي :

1- رهن ملك الغير (2) .

سبق وان اشرنا من ان المشرع لم ينص على تصرف في ملك الغير في الرهنون الحيازية (3) ولم يحيلنا الى تطبيق نص المادة 884 مدني التي تحكم الرهن الرسمي، الا ان القواعد العامة تقضي بانه لا يجوز لشخص ان يتصرف في غير ملكه من دون مسوع قانوني، لان فاقد الشيء لا يملكه .

(1) Douai 19 Avril 1956, Revue, T.D.Civ 1956.P.526 Ob.Solus. MAZEAUD. T.III.P.76, n° 65.

(2) حاشية MARTY et RAYNAUD. T.III.P.43; n° 2

انه يميز بين رهن ملك الغير الوارد على المنقول المادي الذي يكون فيه الدائن المرتهن مهردا بدعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المالك الحقيقي، ولكن بإمكان الدائن المرتهن ان يتذرع بقاعدة الحيازة في المنقول متى توافرت شروطها، وبين رهن ملك الغير الوارد على الديون حيث انه ليس بإمكان الدائن المرتهن ان يتمسك بقاعدة الحيازة .

(3) صحيح ان المشرع الجزائري لم ينص على عدم جواز رهن ملك الغير في الرهن الحيازي ولم يحيلنا الى نص المادة 884 مدني، والمتعلقة بالرهن الرسمي لكن نص على عدم جوازه عرضا بنص المادة 970 مدني في الفقرة الثانية كما سنرى .

هذا ويعترف رهمن ملك النغير، على انه رهمن من شخص لا يملك المال المرهون وليست له ولاية التصرف فيه . مما يثير التساؤل عن مصير هذا التصرف في حالة وقوعه .

ولقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة الاثر الذي يترتب على العقد الوارد على رهمن ملك النغير .

فذهب البعض منهم الى القول، بأن العقد يكون قابلا للابطال، (1) وذهب البعض الاخر الى القول، بان العقد باطلا بطلانا مطلقا (2)، اما الفريق الثالث فيرى، بانه قابل للتصحيح (بمعنى ان العقد يبقى موقوفا لا صحيحا ولا باطلا (3) .

اما موقف المشرع الجزائري : فلم ينص على رهمن ملك النغير على النحو الذي نص عليه في حالة بيع ملك النغير (م 397 و 398 مدني) وبالتالى لم ينص على جزاء تخلف هذا الشرط (شرط الملكية) غير انه قرر الحماية للمرتهن حسن النية بمنح له حق التمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون (طبقا لنص المادة 2/970 مدني) .

والحل في نظرنا، انه لا يمكن القول بابطال الرهن لان الابطال يقتضي وجود نص قانوني يقضي بذلك . لكن يمكن اعمال قاعدة الفسخ (4) هنا تطبيقا لنص المادة (119 مدني) التي تقضي بان عدم تنفيذ الالتزام يودي الى فسخ العقد . وكذلك نص المادة 211 مدني التي تقضي بسقوط حق المدين في الاجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تامينات .

-
- (1) محمد وحيد سوار : المرجع السابق - بند 252 - ص 191 - السنهوري : فقرة 511 ص 777 - ج 10
 - (2) سليمان مرقس - بند 43 - ص 56 و 67 اشار اليه السنهوري - ج 10 - ص 305 - فقرة 138 .
 - (3) سمير تناغو : ف 75 - ص 184 - 189 ، ايضا شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين - بند 92 و 93 .
 - (4) يلاحظ ان الدائن المرتهن قد يستفيد بقاعدة الحيازة في المنقول متى كان حسن النية .

فياخذنا لو نص شرعنا عن رهن ملك الغير على النحو الذي نصص عليه المشرع التونسي حتما للنزاع في الموضوع (1).

هذا وقد لا يصدر الرهن من غير مالك ولكن يصدر من المالك الظاهر فهل يعقل تطبيق نفس الحكم الذي اقترحناه؟ ذلك ما نتناوله في الموضوع التالي :

2 - رهن المالك الظاهر (2)

بيد واول وهمة ان رهن المالك الظاهر ما هو الا رهن صادر من غير مالك، مما يقتضي تطبيق عليه نفس الاحكام التي تطبق على رهن ملك الغير. والواقع: ان رهن المالك الظاهر يقوم على اساس حماية الاوضاع الظاهرة، ولذلك يختلف في الحكم عن رهن ملك الغير، بحيث ان العقد الذي يبرمه المالك الظاهر يكون صحيحا ومنتجا لاثاره تجاه المالك الحقيقي ذلك تقديرا من المشرع بان من تعامل مع الراهن الذي بيد وعلى انه مالكا يكون جديرا بالحماية طالما انه حسن النية.

ولذلك نص في المادة 198 مدني على ما يلي " اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري".

(1) تنص المادة 211 مدني، من مجلة الحقوق المعينية التونسية على ما يلي :
" اذا تسلم الدائن على وجه الرهن شيئا منقولا او جملة منقولات ممن لا يملك ذلك، فانه لا يكسب حق الرهن على تلك الاشياء ولو كان على حسن نية".

(2) يلاحظ: من ان مفهوم المالك الظاهر يتلخص في ثلاثة انواع: اما ان يكون مالكا ظاهريا بسند صوري ذلك ما نصت عليه المادة 198 مدني. واما ان يتمثل في الوارث الظاهر او يتمثل في المالك الظاهر باسم مستعار. والفرق بين هذه الانواع الثلاث هو ان اساس ملكية المالك الظاهر هو العقد الصوري الذي قد تشكل في البيع او الهبة او غيرها. وان اساس ملكية الوارث الظاهر هو الميراث الغير المستحق.

اما المالك الظاهر باسم مستعار هو ذلك الشخص الذي يظهر امام الناس على انه ملك وهو في الحقيقة انه يخفي مالكا حقيقيا باتفاق مع هذا الاخير (السنهوري ج 10 ص 310 - فقرة 49).

اذن فالقواعد التي يخضع اليها المالك الظاهر تختلف عن القواعد التي يخضع اليها من يقوم بتصرف في مال يعمود للغير .

ولقد اثار جدل من الفقهاء حول تميم قاعدة المالك الظاهر، وتطبيقها على الرهن الصادر من الوارث الظاهر والموصى له الظاهر .

فبينما يرى البعض من انه يجوز للدائن المرتهن الذي يتلقى الرهن من الوارث الظاهر ان يتمسك بهذا الرهن ما دام انه حسن النية، استنادا الى قاعدة قديمة تعرف بالغلط الشائع يولد الحق (1) Erop- Communis Facis-Jus

فيرى الجانب الثاني من انه ليس للدائن المرتهن الاحتجاج بالرهن الصادر من الوارث الظاهر تجاه الوارث الحقيقي لصدور هذا الرهن من غير مالك حقيقي (2) .

هذا ويشترط اصحاب الراى القائل بجواز الاحتجاج بالرهن ضد الوارث الحقيقي توافر الشروط الاتية :

- 1 - ان يكون الدائن المرتهن حسن النية، ويفترض ذلك حتى يثبت العكس.
- 2 - ان يقع هذا الدائن في غلط شائع بين الناس (3) وعليه عبء اثبات هذا النوع من الغلط .

(1) السنهوري - ج 10 - ص 810 فقرة 149 - شمس الدين الوكيل : ص 126 و 136 فقرة 46 ، نقض فرنسي بتاريخ 1897/01/26 ، منشور في اللوز 1/1900 / 33 ، ونقض بتاريخ 1940/10/14 ، منشور في جزييت دي مالية 150-2-1940 ونقض ثالث بتاريخ 1946/03/19 منشور في الاسوع القضائي 3125-2-1946 اشار اليهم السنهوري ج 10 - ص 310 حاشية رقم 1 .

(2) سليمان مرفس، التامينات العينية، بند 46 ص 73 و ص 74 ، اشا اليه الاساتذة : السنهوري ج 10 - ص 310 و شمس الدين الوكيل - ص 127 حاشية رقم 1 .

(3) الغلط الشائع : هي قاعدة عرفية استقرت في الفقه والقانون المدني الفرنسي منذ زمن بعيد ، فاصبحت من اصوله العامة ، لذلك يقال عنها ان الغلط الشائع يولد الحق ، ويقال ان اصلها التاريخي يرجع الى العهد الروماني حيث ان عبدا اخفى مظهره القانوني ، وظهر بمظهر المواطن الحر يشغل وظيفة البريتور ، ثم انكشف امره فل شير النزاع بشأن ما صدره من احكام وقرارات ، فابق عليها لاعتبارات تتعلق

ونحن نرى انه لا مانع من ان ياخذ القضاء الجزائري بمسلك القضاء الفرنسي، طالما ان فلسفة تشريعنا قد اتجهت الى تاييد الارادة الظاهرة في مواضيع شتى، وبالخصوص في النيابة الظاهرة (م 76 مدني) والدائن الظاهر (م 268 مدني) .

3 - الرهن الصادر من المفلس او المعسر .

سبق لنا ان قلنا بان الرهن من اعمال التصرف، فان صدر من غير ذي تمييز يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا، وان صدر من قاصر مميز يكون تصرفه صحيحا لكنه قابلا للإبطال، وبالتالي يستوجب الاجازة من هذا القاصر عند البلوغ او ممن ينوب عنه كالولي والوصي والقيم . ولهذا يشار السوءال عن مصير التصرفات التي تصدر من المفلس او المعسر في فترة الريسة ؟ ونحن لا نعوذ الى ما قلناه سابقا (1) لكن نضيف بأن الافلاس والاعسار يغفل سلطات المدين على امواله، ويجعل تصرفاته في فترة الريسة او بعد صدور الحكم بشهر الافلاس او بعد تسجيل دعوى الاعسار، غير نافذة في مواجهة الدائنين (مواد 244 و 247 تجاري و 191 و 1/196 مدني) (2) .

المبحث الثاني : بعض الاوصاف الاخرى التي تلحق الاموال المرهونة .

بعد ما انتهينا من دراسة مشكل **الامال المرهونة** نريد ان نقف لحظة عند بعض الاوصاف التي تلحق بالمال المرهون كان تكون ملكيته على الشيوع، او انها لم تكن حاضرة، او مملوكة على شرط (واقف ام فاسخ) او انها مسروقة او ضائعة، ام انها قد زالت لسبب من الاسباب . ذلك ما نتناوله في النقاط التالية :

— بالسدالة، ومنذ ذلك التاريخ زاع صيت هذه القاعدة فروج لها الكتاب اللاحقون حتى استقرت في الفقه الحديث .

راجع في ذلك شمس الدين الوكيل، ص 128 حاشية رقم 1 .

(1) ما سبق ص 27 .

(2) محمد وحيد سوار - الحقوق الميضية - ج 1 - ص 73 و 74 .

المطلب الاول : رهن المال المشاع .

تنص المادة 714 مدني بما يلي " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، ولمه ان يتصرف فيها ، وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء " .

وبناءً على ما تقدم ، فان الرهن الذي حصل من مالك على الشيوع يكون صحيحاً بشرط . الا يلحق ضرراً بباقي الشركاء الاخرين .

وتطبيقاً لذلك ، فان للمالك المشتاع الحرية في التصرف بالرهن في حصته وبما ان المقدر رضائي يكون منتج الاثر بين اطرافه بمجرد الايجاب والقبول ولكن لا ينفذ في حق الغير الا بتوافر الحيازة طبقاً لما نص عليه في المادة 961 مدني والمادة 32 تجاري .

اما اذا رهن المالك المشتاع حصة مفرزة من المال المشتاع ، تكون حصة هذا الرهن متوقفة على مصير القسمة ، فاذا وقع نصيب الراهن على الجزء المفرز صحح الرهن ، ولتنفيذه في مواجهة الغير تقتضي ايضاً الحياة .

واما اذا وقع نصيب الراهن على الجزء الاخر غير الجزء المرهون اختلف الرأي هنا ، فالبعض يرى بانه رهن لملك الغير (1) .

والبعض الاخر يرى من انه يجب اعمال فكرة الحلول العميني وبالتالي ينتقل حق الرهن تلقائياً الى الحصة التي كانت من نصيب الراهن (2) .

-
- (1) الاستاذ السنهوري : ص 767 فقرة 518 ، ويستند في ذلك الى حكم صادر عن استئناف منتلظ بتاريخ 28 ابريل سنة 1940 م 54 - ص 178 الذي يقضي بمايلي : " اما اذا رهن الشريك حصة مفرزة من المال الشائع واقترن ذلك بتسليم هذه الحصة المفرزة ، فان الرهن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فاذا وقعت هذه الحصة في نصيب الراهن تاييد الرهن ، والا كان حكمه حكم رهن ملك الغير " .
- (2) الاستاذ محمد كامل مرسي - اشار اليه السنهوري - ص 768 .

ونحن نؤيد هذا الحل الأخير (الا وهو اعمال فكرة الحلول العيني)
قياسا على نص المادة 2/890 مدني لاتحاد العلة (1) ووجدتنا في ذلك
هو ان المشرع سمح بأن ينتقل حق الرهن في المادة 2/890 مدني السى
عين من الاعيان التي يحصل عليها الراهن غير التي رهنها . وقد تكون
هذه الاعيان من المنقولات . مما يفيد ان طبيعة المال لا تعرقل في شيء
عند اعمال فكرة الحلول العيني ، وما يضعف قول بعض القائلين بان المادة
2/890 مدني هي خاصة بالمقارات (2) .

اما الرهن الصادر من جميع الاشخاص المشتاعين : فيرى من لا يقربفكرة
الحلول العيني في هذا المجال، بان مصير الرهن يتوقف على مصير القسمة ،
ذلك اما ان يقع المرهون كله في نصيب احد الشركاء او بعضهم فينمقصد
الرهن بالنسبة لمقدار حصصهم الاصلية، وما تبقى بالنسبة لخصص باقي الشركاء
يعتبر هذا الرهن المتبقى واردا على ملك الغير (2) .

ونحن لا نرى في هذا الحل الغريب مبررا طالما ان الرهن في البداية
صادر من جميع الشركاء على الشيوع . وعليه ينبغي اعمال فكرة الحلول العيني
في هذا المجال بحيث ينتقل الرهن الى حصص الاخرين بصفة تلقائية
وينفذ الرهن ايضا عليهم بالنسبة لخصصهم الاصلية .

(1) تنص المادة 2/890 مدني " واذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في
العقار او جزءا مفردا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة
اعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى الاعيان المخصصة له
بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الاصل "

(2) سليمان مرقس - فقرة 240 - ص 376 - اشار اليه

(3) السنهوري : ص 768 .

المطلب الثاني : رهن المال المستقبلي .

لم يرد نص في التشريع الجزائي يخص الرهن الحيازي للمال المستقبلي على النحو الذي ورد فيما يتعلق بالرهن الرسمي (المادة 886 مدني⁽¹⁾) كغرض غرار التشريع المصري الامر الذي جعل بعض الفقهاء⁽²⁾ يقولون بعدم خضوع الرهن الحيازي لمبدأ التخصيص .

اما البعض الاخر⁽³⁾ فيرى ان الرهن الحيازي يخضع لمبدأ التخصيص وهناك رأي وسط⁽⁴⁾ يذهب الى القول بان الرهن الحيازي يخضع لمبدأ التخصيص لكن لا يشترط تعيينه تعيينا دقيقا بل يكفي ان يكون المال المرهون معيناً او قابلاً للتعيين ، طبقاً لما تقرر في القواعد العامة .

هذا ونحن نرى ان هذا الرأي الاخير اجدر بالعناية وقريباً للتحقيقة وليس هناك ما يعارض تطبيقه في الجزائر طالما ان المشرع قد نص على هذه القاعدة بنص المادة 92 مدني التي تقضي على جواز التصرف في محل التزام المستقبل متى كان محققاً⁽⁵⁾ .

وكذلك ان عبارة " بياناً كافياً " التي اوردتها بنص المادة 969 مدني⁽⁶⁾ . لا تفيد في نظرنا سوى قابلية الشيء محل الرهن للتعيين . حيث يكفي ان ان يكون الشيء معيناً بالنوع⁽⁷⁾ ، غير ان الحق العيني لا يتقرر للدائن المرتهن على الشيء الا بالافراز .

-
- (1) تنص المادة 886 مدني على انه " لا يجوز ان ينعقد الرهن الا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وببینه بالمزاد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق والا كان الرهن باطلاً .
 - (2) شمس الدين الوكيل - ص 472 .
 - (3) سمير تناغو - ص 367 .
 - (4) الاستاذ منصور مصطفى منصور - ص 198 و 102 والسنهوري ج 10 ص 745 ف 517 - و 774 فقرة 522 .
 - (5) تنص المادة 92 مدني على مايلي "يجوز ان يكون محل الالتزام مستقبلاً ومحققاً غير ان التعامل في شركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الاحوال المنصوص عليها في القانون

بالإضافة الى ما تقدم نقول انه لما ان الحيازة عندنا ليست شرطاً
للانعقاد، فيعتبر ذلك تدعيماً للقاعدة المقررة بنص المادة 92 مدني، وبالتالي
يمكن جدا انعقاد الرهن على مغل غير محاز عليه بعد من طرف الراهن .

وطبيعة الحال يستثنى من هذه القاعدة ما استثنى بنص المادة 2/92
الخاصة بتحريم التصرف الذي يرد على تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه .

هذا ولما كان رهن المال المستقلي ما هو في الحقيقة الا تصرف في ملك
للغير فان احكام هذا الاخير هي التي تنطبق عليه (1) .

الطلب الثالث : رهن الملكية المعلقة على شرط .

قد تكون ملكية الراهن معلقة على شرط واقف فلا تصح ملكيته الا بتحقيق
هذا الشرط، وقد تكون معلقة على شرط فاسخ فلن تصح ايضاً ملكيته الا بعدم
تحقق هذا الشرط .

وعليه ففي حالة ما اذا لم يتحقق الشرط في الحالة الاولى، وتحقق في
الشرط في الحالة الثانية، تزول ملكية الراهن باثر رجعي (2)، وبهذا الصدد
يثار التساؤل عن حق الدائن المرتهن في التمسك بالرهن بالرغم من زوال ملكية
الراهن ؟ .

— (6) تنص المادة 969 مدني بما يلي " يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الثمير
ان يدون المقدم في ورقة . . . يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والمعين المرهونة
بيانا كافيا" .

(7) يقول الاستاذ مازوء ص 73 بند 65 انه عندما يتعلق الامر بالمثليات فالقاضي الفرنسي
يقبل انعقاد الرهن مسبقاً على البضائع التي سوف تسلم بعد مكان البضائع المستبدلة
في المخزن العمومي من طرف المدين الراهن " اذا كان القضاء الفرنسي يقبل هذا
الوضع في تشريع يجعل من عقد الرهن عقداً عينياً فمن باب اولى عندنا التي يكون/عقد
الرهن عقداً رضائياً .

(1) يراجع ما قلناه في ملك الثمير - ص 36 من هذا البحث .

(2) د. شمس الدين الوكيل : ص 451 ف 166 - السنهوري - ج 10 - ص 770 - ف 519 .
د. علي سليمان - ص 560 .

للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي التمييز بين الدائن المرتهن الشيء النية والحسن النية أولا ، وبين الدائن المرتهن الحائز والغير الحائز للشيء المرهون ثانيا . ففي حالة ما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية وحائزا للشيء المرهون فبإمكانه ان يعتصم بالمادة 835 مدني التي تقضي " بان من حاز بسند صحيح منقولا او حقا عينيا او سندا لحامله يصير مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته " وهذا بحكم الاحالة التي تنص عليها المادة 970(1م) . اما اذا كان الدائن المرتهن الحسن النية لم يتسلم الشيء المرهون ، وهذا قد يحدث وقوعه لان الرهن في قانوننا عقد رضائي لا يشترط التسليم عند انعقاد العقد ، فلا يحق له ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بل يتمين عليه الرجوع الى القواعد العامة في تنفيذ الالتزام خاصة المادة 119 مدني التي سبقنا الإشارة اليها .

المطلب الرابع : رهن الاشياء الضائعة او المسروقة .

قد رأينا ان قاعدة الحيازة سند الحائز ، تعتبر مكنة اعطيت للحائز حسن النية لكي يتمسك بها تجاه المالك الحقيقي ، وان اطلاق تطبيق هذه القاعدة قد يضر بالمالك الحقيقي ، غير المنطوي ، من جهة ، وان اعطاء لهذا الاخير مكنة الاسترداد في اي وقت قد يضر ايضا الحائز حسن النية من جهة اخرى .

لذلك راعي المشرع المصلحتين :

فمن ناحية انه حدد نطاق القاعدة التي تقضي بان الحيازة في المنقول سند الحائز الحسن النية ، حتى لا تشمل الاوضاع التي يخرج فيها المنقول من يدى مالكة

(1) تنص المادة 970 مدني على ما يلي " تسرى على الرهن ، الاحكام المتعلقة بالاشارة التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها .
وبوجه خاص يكون للمرتهن حسن النية ان يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة اخرى لكل حائز حسن النية ان يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن " .

الحقيقي دون خطأ منه، كحالة الضياع والسرقة والاضاع التي تقاس بحكمها كالاكراه مثلاً، وبذلك اعطى للمالك الحقيقي مكنة استرداد المنقول من الحائز المرتهن، ولو كان هذا الاخير قد توافرت لديه شرائط الحيازة (1) طالما ان حيازته لم تنسب الى خطأ المالك الحقيقي .

ومن ناحية اخرى، فان المشرع قد راعى مصلحة الدين المرتهن حسن النية، حتى لا يبقى رهمن هذا الاخير، مهرداً طوال مدة الحيازة او ينتزع منه المنقول المرهون دون الحصول على ثمن مقابل (م 836 مدني) .

وتظهر بوضوح الرعاية الاولى من حيث تقييد حق المالك في المطالبة بالاسترداد بان تتم خلال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، ذلك استجابة وتكريساً لمبدأ استقرار المعاملات، ويرى الفقه (2) ان هذه المدة هي ميعاد سقوط وليست مدة تقادم مسقط، وبذلك فهي بالتالي لا تخضع لحكم الاتفاق الذي يسرى على التقادم .

(1) راجع: الاستاذ علي سليمان المرجع السابق - ص 306 الى 314 حيث يقول :
" ان شرائط اعمال القاعدة التي يتسنى للمالك ان يسترد المنقول الضائع او المسروق هي : 1- ان يكون المنقول قد سرق او ضاع من المالك ويستوى ان لم تكن السرقة معاقباً عليها لمانع من موانع العقاب، ولكن بما ان هذا الحكم استثناء والاستثناء لا يقاس عليه، فلا يقاس على السرقة جرائم الاختلاس الاخرى التي تشابهها، مثل النصب وحيانة الامانة، وعلى ذلك فمن اشترى منقولا على مودع لديه لحسن النية يستفيد من القاعدة، اما الضياع فيجب ان يفهم بالمعنى الواسع كاهمال وتقصير او كل حالة يخرج فيها المنقول من حيازته دون ان يقصد التخلي عنه فيشمل القوة القاهرة كالفيضان والحريق وغير ذلك . 2- ان يكون طلب الاسترداد في خلال مدة ثلاث سنوات وهي مدة سقوط لا يسرى الوقف والانقطاع وعلى طالب الاسترداد يقع عبء اثبات واقعة السرقة او الضياع والمدة . 3- ان يكون الحائز للمنقول حسن النية، بسبب صحيح، فاذا توافرت هذه الشروط كان للمالك ان يسترد المنقول من الحائز" .

(2) راجع الدكتور عبد المنعم البدر اوى : " اثر مضي المدة في الالتزام " رسالة 1950 - القايرة - ص 43 - واسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق المدنية الاصلية سنة 1958 ص 138 اشار اليهما الاستاذ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق - ص 448 -
شامش رقم 1 .

اما الرعاية الثانية التي خص بها الدائن المرتهن، فتتمثل في اعطاء: لهذا الاخير حق استرداد الثمن الذي دفعه من يسترد الشيء متى كان هذا الشيء في حيازة الدائن المرتهن الحسن النية، قياسا على المشتري حسن النية، اذا كان هذا الاخير قد اشتراه في السوق بالمزاد العلني او اشتراه ممن يتجر في مثله .

وفي نظرنا انه ينبغي الوقوف حول ما تقرره الفقرة الثانية من المادة 836 مدني التي تعطي للحائز حسن النية حق طلب ممن يسترد الشيء بأن يرد له الثمن الذي دفعه في الشيء .

ونقول ان هذا النص غير سليم، اذ انه ينبغي التمييز بين الحالة التي يتلقى فيها الحائز الشيء في المزاد العلني، وفي هذه الحالة يكون له الحق في طلب استرداد الثمن الذي دفعه اما اذا زادت قيمة الشيء فلا يحق له ان يسترد الا الثمن الذي دفعه (1) .

والحالة التي يتلقى فيها الحائز هذا الشيء ممن يتاجر في مثله، ففي هذه الحالة، يكون الحائز اما انه قد تلقى الشيء بثمن يساوي قيمته الحقيقية، ام انها اكثر او اقل، مسن القيمة الحقيقية، واذا كان الافتراض الاول لا يثير مشكلا لان الثمن الذي دفع يساوي القيمة الحقيقية للشيء فيسترد فقط الثمن الذي دفع .

اما في الافتراض الثاني والثالث فينبغي التمييز في الثمن الذي يسترده الحائز . فاذا تلقى الشيء مثلا بثمن 100 دج وقيمته الحقيقية كانت 150 دج فلا يسترد الا 100 دج ، لان ذلك هو الثمن الذي دفع في الشيء الذي تلقاه .

اما اذا تلقى الحائز الشيء بثمن 100 دج (وهو ما يحدث عادة عندما تفقد البضائع وقيمته الحقيقية 50 دج فلا يحق له ان يسترد ما دفعه فعلا) يعني 100 دج) بل يجوز له فقط ان يسترد 50 دج ما كان ينبغي ان يشتري به الشيء (وهو 50 دج) .

(1) لم نناقش حالة تلقي الشيء عن طريق المزاد العلني، لان الراسي عليه المزاد يفترض منه انه اشترى الشيء بثمنه الحقيقي .

ذلك لان المشتري الحائز لما اشترى الشيء بثمن اكثر من قيمته الحقيقية ،
يعتبر متطوعاً ، فلا يمتن افاوته بخطا ارتكبه . و . وذلك نرجح مصلحة المشتري
على مصلحة الحائز .

هذا وقد شارخلاف بين الفقهاء في مدى تطبيق نص الفقرة الثانية من
المادة 836 مدني . السالفة الذكر .

حيث يرى فريق منهم (ويدعمهم القضاء الفرنسي) بأنه يجب تفسير النص
المذكور تفسيراً ضيقاً لسورده في حق المشتري حسن النية فلا ينهسي تطبيقه
على الدائن المرتب (1) .

اما الفريق الثاني (استناداً على المادة 970 مدني التي تقضي بالاحالة
الكاملة الى القواعد العامة في حيازة المنقول) يرى بان حيازة الشراء المنصوص
عليها في نص المادة 2/836 مدني يجب ان تفسر تفسيراً واسعاً ، وتشمل الرهن
ايضا حتى تتحقق الضاية التي يقصد اليها المشرع ، وهي حماية مكتسبي الحقوق
المينية على منقول متى كان مجهولاً ، قد انتسبوا هذه الحقوق عن حسن نية .
وحتى يتحقق الانسجام بين مختلف احكام الحيازة في المنقول (2)

(1) راجع كامل مرسي ، التامينات العينية - ف 292 ، وسليمان مرقس - التامينات العينية
ص 368 - فقرة 238 - ويلانيول المطول - ج 12 - ص 82 - بند 78 ، اشار اليه
الاستاذ على سليمان ، المرجع السابق - ص 558 .

Les MAZEAUD. P. 72. n ° 65.

Cass.Civ.Dalloz.11.5.1898.

اشير اليه في التقنين المدني الفرنسي

حاشية رقم 4 لنص المادة 2280 مفاده ما يلي :

" La Disposition de l'ar 2280 est exceptionnelle, restreinte
par son texte même à l'acheteur, et ne peut, dès lors être
étendue au créancier gagiste réclame le remboursement de
ses avances"

(2) عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التامينات العينية - ف 263 - ص 230 وما
بعدها . شفيق شحاته ، النظرية العامة للتامين العيني ف 97 . - شمس الدين
الوكيل ، نظرية التامينات في القانون المدني الجديد - ف 160 - ص 407 .

ونحن نميل الى تاييد هذا الرأي الاخير، لان نص المادة 970 م جاء بصيغة الاطلاق بحيث تنص بشكل صريح على ان الاحكام المطبقة على اثار رهن المنقول هي نفسها الاحكام المسارية على حيازة المنقول .

وبالخصوص انه يمكن الاستناد الى نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة التي تقضي بحماية الدائن المرتهن الذي يتلقى الشيء المرهون من غير مالك .

وعلى ذلك فاذا كان المشرع يريد حماية الدائن المرتهن حسن النية من تصرفات المتطفلين على املاك الغير، فمن باب اولسي، ان يحمي هذا الدائن المرتهن متى تلقى هذا الشيء ممن اشترى هذا المنقول في السوق العامة بالمزاد العلني او كان هذا الاخير قد اشتراه ممن يتجر في مثله .

ولم نقصر احكام المادة 2/836 مدني على المشتري فحسب دون الدائن المرتهن في حين ان المادة 970 مدني تحيل اليها بشكل صريح (1) ؟
وعليه ففي حالة ما اذا كان الدائن المرتهن قد تلقى الشيء المرهون

(1) تنص المادة 970 مدني على ما يلي : " تسري على رهن المنقول الاحكام المتعلقة بالاثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها . وبوجه خاص يكون للمرتهن حسن النية ان يتمسك بحقه في الرهن ولو كان السراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون، كما يجوز من جهة اخرى لكل حائز حسن النية ان يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحق لتاريخ الرهن " .
ويلاحظ ان رفض المرتهن الحسن النية رد الشيء الذي قد سبق ان تلقاه ممن اشتراه في سوق عامة بالمزاد العلني او ممن يتجر في مثله يستند اساسا على حق الحبس الذي تقرر له في المادة 2/836 مدني

من مالك له (التذرى اكتسب ملكية هذا المنقول من سوق عامة بالمزاد العلني او ممن يتجر في مثله (1) ، وكان هذا الشيء قبل ذلك مسروقاً او ضائعاً من حائزه او مالكه الاول) وهو حسن النية يكون من حقه ان يتمسك تجاه المسترد بان يدفع له ثمن شرائه على الا يكون هذا الثمن الذى يطالب به الحائز زائداً عن ثمن الذى دفعه المشتري الراهن في شرائه (2) او يجاوز القيمة الحقيقية للشيء على النحو الذى شرحناه .

(1) ولمزيد من الفاعلة نورد نرستازنا علي علي سليمان في شرح نص الفقرة الثانية من المادة 836 مدني التي تنص بما يلي " اذا كان الشيء الضائع والمسروق قد وجد في حيازة ممن اشتراه بحسن نية في السوق بالمزاد العلني او اشتراه ممن يتجر في مثله فان له ان يطالب ممن يسترد الشيء ان يرد الثمن الذى دفعه " قائلان ان المراد بالسوق والسوق العامة التي يتعامل الناس فيها بالبيع والشراء ، وقد قضى بان شراء اوراق مالية مسروقة من مصرف لا يعتبر شراءً من سوق عامة . والمراد بالمزاد العلني ، كل بيع يتم بالمزاد ولو لم يكن رسمياً فيدخل في ذلك المزاد الذى يجريه الافراد . والمقصود بمن يتجر في مثل المنقول ، التاجر الذى يتجر في الاشياء من جنس الشيء المسروق او الضائع ، ويجب ان يكون التاجر تاجراً حقيقياً فلا يكفي ان يعتقد الحائز ان الشخص الذى يشتري منه تاجراً ، ويجب ان تتوافر صفة التاجر هذه في البائع لا في المشتري ، فاذا اشترى صاع حلية من سارق فليس له ان يطالب المالك المسترد بالثمن بحجة انه يتجر في مثلها " ويقول ايضا " فاذا كان الحائز قد اشترى المنقول في هذه الاحوال فان له ان يطالب المالك المسترد بلنوب ما دفعه فيه من الثمن ، ويرى القضاء الفرنسي ان هذا الحكم استثناءً فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه ، ويرى الا يقاس المرتبهن رهنا حيازياً لمنقول ممن يتجر في مثله على المشتري ، ولكن اغلبيه الفقه في فرنسا وفي مصر تقيس المرتبهن الحيازى لمنقول على الحائز الذى اشترى . واذا طالب الحائز (اي المرتبهن) المالك المسترد بتمجيل الثمن فتلجأ في دفعه فان للحائز حق حبس المنقول حتى يستوفي الثمن " علي سليمان المرجع السابق - ص 306 الى 314 .

(2) محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص 102 - ف 254 .
شمس الدين الوكيل - ص 450 - فقرة 164 .

المطلب الخامس : زوال ملكية الرهن باثر رجعي .

عالج المشرع الجزائري في المادة 885 مدني (1) زوال ملكية الرهن بسبب من الاسباب، وقضى بان الرهن يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن متى كان هذا الاخير حسن النية، وكذلك فعل المشرع المدني المصري في المادة 1034 .

ولما كان هذا الهن قد ورد في الرهن الرسمي فتسأل المبرض عما اذا كان يطبق على الرهن الحيازي ايضا ؟

فاجاب فريق من الفقهاء بالنفي حيث قالوا ان هذا النص يعتبر خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بان زوال الملكية باثر رجعي تزيل كل ما يترتب عليها من حقوق طبقاً للقاعدة الرومانية القديمة التي تقول :

RESOCUTO - JURE - DANTIS. RESOLVITURE - JURS - ACCIPENTIS

فان خرج المشرع عن هذه القاعدة بنص استثنائي يقضي بتصحيح الرهن الذي صدر من غير مالك فانه لا ينفخي التوسع في تطبيقه (2) .

ويسرى الفريق الثاني من الفقهاء : بان الرهن الصادر من مالك الذي زالت ملكيته باثر رجعي يكون صحيحاً وعلى اساس تطبيق نظرية المالك الظاهر . فمتى كان المرتهن حسن النية ينفخي تمتيعه بالحماية المقررة بنص المادة 885 مدني ، لانه يكون قد تعامل مع شخص يوحي السند الذي بيده على انه يملك التصرف في الشيء المقدم اليه (3) .

(1) تنص المادة 885 مدني بما يلي " يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن والرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الخاؤه او زواله لاي سبب اخر اذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن " .

(2) السنهوري - الوسيط، ج 10 - ص 769 .

(3) توفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العيني ، ط 1 ، 1953 - ص 86 " وينفسر المعنى يرى الاستاذ عبد الباسط خصيمي ، نظرية الاوضاع الظاهرة رسالة 1955 ، القاهرة ص 350 ، ان يقترح اطلاق نص المادة 1034 مدني مصري على نحو يفهم منه كلمة " المالك " على معنى المالك الظاهر ، ولفظ " سند الملكية " على معنى السند الظاهر ، وعبارة " او لزواله لاي سبب اخر " على معنى يفيد اي سبب من الاسباب غير التسي -

ويرى الفريق الثالث من الفقهاء، من ان المادة 1034 مدني مصري (وتقابلها نص المادة 885 مدني جزائري) تنطبق ايضا على الرهن الحيازي لكن ليس على اساس نظرية المالك الظاهر (كما يرى الاستاذ توفيق شحاته وبعد الباسط جميعي) بل على اساس اعتبارات اخرى قدرها القانون وهي الحد من الآثار المترتبة على زوال الملكية باشر رجعي، رعاية للثقة المشروعة (1) .

ونن نويد هذا الراى الاخير، لانه اقرب الى الصواب . ذلك لان اغلبية الفقه يقول بتطبيق هذه المادة على الرهن الحيازي (وهو قد يكون محله عقارا) ضمن باب اولي ان نقول بان هذه المادة تنطبق ايضا على رهـن المنقول تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية . هذا وقد حدد الفقهاء شروطها لتطبيق المادة 885 مدني على الرهن الحيازي لكي يستفيد الدائن المرتهن حسن النية من الحماية التي تتضمنها وهي :

- 1 - ان تقوم ملكية الراهن على سند صحيح وحقيقي (2) ناقل للملكية (كالبيع والهبة والوصية) وقت العقد (3) ، وعلى ذلك فلا يستفيد من الحماية المقررة، من بيده السند الباطل بطلانا مطلقا (4) وواضع اليد الذي لم تثبت له الملكية .

— ذكرت المادة، ويقول ان هذه الصياغة تفيد تقوية للحماية التي هي في حالات البطلان المطلق لسند ملكية الراهن، ويستطرد في توسيع الحماية بحيث تشمل ايضا السند المزور او السند الصوري " اشارة الى المرجع الاستاذ تناغو، المرجع السابق - ص 193 حاشية رقم 3 .

- (1) د. شمس الدين الوكيل - ص 451 حاشية رقم 3 - ص 453 تناغو - ص 192 بند 77 د. علي علي سليمان - ص 436 وما بعدها .
- (2) هذا الشرط يعجزنا الاوضاع التي يقوم بتصرف المالك الظاهر بسند صوري واسم مستعار او الوارث الظاهر .
- (3) هذا الشرط يميز لنا الاوضاع التي يقوم بها شخص لرهن ملك الغير الذي يصدر من غير مالك وقت ابرام عقد الرهن .
- (4) راجع خلاف هذا الراى شمس الدين الوكيل - ص 451 حيث يقول " فدرجة البطلان لا تؤثر في مظهر العقد ومظهر صحته " وراجع صفحة 54 - حاشية رقم 1 من هذا البحث .

2 - ان تكون الملكية قد زالت عن الراهن باثر رجعي بسبب من الاسباب التي نصت عليها المادة 885 مدني وهي الابطال او الفسخ او الالفاء او زواله باى سبب اخر (1) كنقص الاهلية او ما يشوب العقد من عيوب الارادة، او كان العقد قابلا للفسخ لعدم قيام الراهن بتدفع الثمن او كان المتصرف اليه قد تلقى هذا الشيء على سبيل الهبة القابلة الرجوع فيها (2) .

3 - ان يكون المرتهن حسن النية وقت ابرام العقد . وهذا الشرط يندرج تحت لان تقرير الحماية من المشرع لصالح الدائن المرتهن، كان اساسها موقف وسلوك الدائن آن ابرام العقد . ان انه قيد اعتمده على مظهر معتقد انه صحيحا، وهو ليس على حقيقته، فتعامل على اساسه، لذلك فالمنطق يقضي بانه رعاية الثقة المشروعة واستقرار التعامل بين الافراد، طالما ان هذا الدائن المرتهن كان يجهل عند ابرام العقد بخفايا هذا التصرف، على انه يقوم على اساس ملكية مهددة بالزوال . وعلى ذلك فان تبيين بان الدائن كان يعلم او بإمكانه ان يعلم بخفايا هذا التصرف، فيتنتفي مع هذا العلم، حسن النية . وتزول العلة في الحماية بسزوال المعلول . وهنا على ذلك فاذا حدث ان ارتهن شخص منقولا من مشريه وهو يعلم عند ابرام العقد بأن ملكية المشتري

(1) راجع ما سبق - ص 51 راي الاستاذ عبد الباسط جيمي - حيث يعطسي مضمونا اوسع مما ذكر في المادة 885 مدني - حاشية رقم 3 .

(2) استاذنا علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 437 .

مهتدة بالفسخ لعدم دفع هذا الاخير ما عليه من ثمن فلا يمكن
التذرع بالحماية المقررة في نص المادة المذكورة لعدم توافر شرط حسن
النية (1) .

وهذا ننتهي من الفصل الثاني المتناول للمال المرهون وسنتقتسل
مباشرة الى موضوع الالتزام المضمون الذي هو ركن ثالث لانشاء عقود
الرهن .

(1) وهذا يقول الاستاذ شمر الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 433 حيث يقول :
" ان الحماية المقررة في المادة 1034 مدني مصري (: 885 مدني جزائري)
شرفت لصالح الدائن المرتهن ، ولذلك فالمنطق يقضي بان تكون العبرة في توفير
هذه الحماية هي بالنظر الى موقف الدائن المرتهن لا بموقف المدين ، فلا
يقام اي وزن لسند المدين ولو كان حسن النية اوسي * النية ، وانما يكفي ان يكون
في يده سند له من مظاهر السلامة ما يودي الى اعتقاد الدائن المرتهن
(على اساس المعيار الموضوعي) بملكية مدينه الراهن وثباتها . وذلك يكون
الحكم واحدا سواء كان سند المدين باطلا بطلانا مطلقا او نسبيا ما دام الدائن
يعتقد في سلامة هذا السند ودرجة البطلان لا تؤثر في مظهر العقد ومظهر
صحته ، فمن الميسور مثلا ان يعلم الدائن المرتهن بنقص اهلية من تعامل مع
الراهن وبالتالي يعلم بقابلية سند ملكية الراهن للابطال . بينما قد يتعذر
عليه معرفة ان سند الملكية باطل بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب . حتى يقول
... . فالعبرة ان مظهر العيب لا يهوهه ، فاذا كان عيبا لسند ظاهرا فهنا
لا يحيي الدائن المرتهن ، وان كان خفيا ووجب حمايته بصرف النظر عن حمامة
العيب .

الفصل الثالث

الالتزام المضمون

سبق ان ذكرنا عند الكلام في الخصائص العامة لرهن المنقول (1) ان الرهن حق تعمي للدين المضمون بالرهن، كغيره من الرهون الاخرى، وعلى ذلك فلا يتصور وجود رهن دون الدين المضمون .

والواقع ان وجود الدين المضمون ليس شرطاً لوجود الرهن فحسب، بل هو ايضا عنصر لتكوينه، اذ لا يقال بان الرهن تجاري ام مدني، الا بتكييف طبيعة الدين المضمون ذاته، كما سنرى، فيما بعد، والذي يهمننا في موضوع الالتزام المضمون، هو ما اذا كان الالتزام المضمون يخضع لهذا التخصيص ام لا . واي نوع من الالتزامات التي يمكن ان يضمنها الرهن . وتولى الاجابة على هذين السؤالين في المواضيع الاتية :

المبحث الاول : خضوع الالتزام المضمون لهذا التخصيص .

ان نص المادة 891 مدني (2) التي تحيل اليها المادة 950 مدني يقضي بجواز ورود الرهن على ضمان التزام مستقلي، او مجرد احتمالي، مما يوحي من النص ان الالتزام المضمون غير خاضع لهذا التخصيص . اما نص المادة 969 مدني (3) فيشترط تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ

(1) راجع ما سبق ص 8

(2) تنص المادة 891 مدني بما يلي " يجوز ان يترتب الرهن ضمنا لدين معلق على شرط او دين مستقل او دين احتمالي كما يجوز ان يترتب ضمنا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جاري على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين " .

(3) وتنص المادة 969 مدني بما يلي " يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة الى الدائن ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن واليمين المرهونة بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتبه " وعلى سبيل المقارنة تنص المادة 2132 مدني فرنسي " لا يقع الرهن صحيحا الا اذا كان الدين المضمون محققا ومعينا في العقد "

يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والمعين المرهونة بياناً كافياً مما يوحي
ان الالتزام المضمون يجب ان يخضع لمبدأ التخصيص. فكيف اذن التوفيق بين
المادتين ؟ . لقد طرح المشكل في التشريع المصري الذي جراه المشرع
الجزائري فانقسم الفقه في هذا الصدد الى رأيين :

- الرأى الاول (1) : ذهب الى القول بعدم وجوب تخصيص الالتزام المضمون ،
استناداً على نص المادة 891 مدني التي تبيح ورود الرهن ضماناً لدين
لا يحمل في ذاتيته قدراً كافياً من التحديد ، كان يكون الرهن ضماناً
لدين مطلق على شرط او مستقلي او كان احتمالياً كذلك الدين الذي
ينتج عن فتح الاعتماد سواء كان قد استعمل المبلغ او لم يستعمل (2)
او عن حساب جارى . ففي نظر هؤلاء ان هذه الانواع من الديون ليست
معينة تمينا دقيقاً ولكنها قابلة للتعيين طبقاً للقواعد العامة .

- اما البعض الاخر من الفقهاء (3) : يرون بوجوب خضوع الالتزام المضمون بالرهن
لمبدأ التخصيص ذلك استناداً على المادة 969 مدني التي تستوجب تدوين
عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ مهينا فيها المبلغ المضمون بالرهن (والمعين
المرهونة) بياناً كافياً بحيث ينفي الجاهلية .

ونحن نقول بوجوب اخضاع الالتزام المضمون لمبدأ التخصيص بالتوفيق بين
المادتين (891 و 969 مدني) ان حرص المشرع بنص المادة 891 مدني
لا يفيد في الحقيقة الا تخصيص الالتزام ولو في حد اقصى منه . فمن الناحية

(1) . السنهوري - ج 10 - ف 523 - ص 775 .

(2) -MARTY et RAYNAUD, P.41 , n° 65

(3) . محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ف 289 - ص 211 و ف 244 - ص 188 .

د . شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ف 50 - ص 147 و ف 172 - ص 473 .

د . عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني ، القانون المدني الجديد ،

الحقوق المعينية - ج 1 - ط 1964 مطبعة الشرق - ف 30 - ص 38 .

د . سمير تناغو - ط 1973 - ص 179 .

التطبيقية فاذا حدد الالتزام المضمون في حد اقصى ثم تبين ان الشيء المرهون اكثر بكثير من الدين المضمون، فلا يحق تخفيض هذا الرهن بل يبقى الدين مضموناً بالرهن كله . وان تبين العكس ان الشيء المرهون اقل بكثير من الدين المضمون، فلا يضمن الا به ، ومعنى ذلك ان الدين ثابت ومعروف منذ البداية كلما هو في الامر انه قد يناسب قيمة الشيء المرهون او قد لا يناسب معها، كان يكون اقل منه او اكثر منه قيمة .

اذن فتحدد الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين المضمون لا يفيد في الحقيقة الا التخصيص .

وتأكد حرص المشرع على تكريس هذا الصدا بنص المادة 969 مدني التي تعتبر بمثابة نص خاص لرهن المنقولات ولولا حرصه على ذلك لتترك الامر يشوه الغموض كما هو عليه الحال في نص المادة 891 مدني .

بالاضافة الى ذلك يبدو ان المادتين (891 و 969 مدني) متناقضتين في مضمونهما . والواقع ان كلا منهما تنظم امراً معيناً، وفي نفس الوقت انهما متكاملتان ، اذ ان المادة 891 مدني التي تحيل اليها المادة 950 مدني تبين لنا نطاق ومضمون الالتزام وانواعه ومدى قابليته للرهن .

اما المادة 969 مدني فيراد منها بيان الاجراءات المتبعة لسفان الرهن في اتجاه الغير .

هذا ويفسر الفقه عبارة " تحديد الدين المضمون " على انها تفيد تحديد مقدار راسمائه والفوائد، وتفيد ايضا تحديد المصدر الذي نشأ عنه الالتزام المضمون (1) .

(1) السنهوري : فقرة 532 - ص 776 و فقرة 163 صفحة 369 . المرجع السابق

ومتى توافرت هذه الشروط وكان الرهن قائما وقابلا للتنفيذ .

المبحث الثاني : نوع الالتزام الذي يصلح ان يكون مضمونا بالرهن .

الاصل ان كل التزام يكون صالحا بان يكون مضمونا بالرهن، ان لا يهيم فيما اذا كان الالتزام المضمون، وهو التزام يدفع مبلغ من النقود ام التزام بالقيام بعمل او الامتناع عنه (1) ، كما لا يهيم من ان يكون مصدره تصرفا قانونيا ام هو واقعة قانونية، ولا يهيم ايضا ان يكون العقد منجزا او مقترنا باجل، باتا او معلقا على شرط واقف ام فاسخ، ويصح ان يكون الرهن ضمانا لالتزام مستقبلي، وكفتح الاعتماد، كما يصح ان يكون الالتزام المضمون مجرد احتمالي، وكفتح حساب جاري . ففي جميع هذه الاحوال تصح ان تكون محلا للضمان، غير انه لا يجوز ان يعقد الرهن ضمانا لكل الديون التي تثبت في ذمة المدين سواء في اية مدة كانت . او في مدة معينة ما دامت الديون نفسها لم تميز كل دين على حده من ناحية المقدار والمصدر (2) .

هذا ولقد اثار خلاف بين الفقهاء حول مدى جواز ترتيب الرهن لضمان الالتزام الطبيعي، مع ان هذا الالتزام غير قابل للتنفيذ الجبري (م 160 مدني) ، فالبعض يرى بعدم جوازه بان يكون مضمونا بالرهن (3) . والبعض الاخر يرى (4) العكس على انه يجوز ان يكون مضمونا بالرهن قياسا على كفاءة القاصر (م 649 مدني) " التي تقضي بان من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية وكان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم

(1) اذا كان الالتزام المضمون (هو القيام بعمل او الامتناع عنه) ، فان الرهن في هذه الحالة يضمن الوفاء بالتمويض الناتج عن عدم التنفيذ، حتى ولو كان الاطراف قد اتفقوا على فسخ العقد وكان سبب الفسخ هذا ناتج عن عدم التنفيذ، ما لم يتنازل الدائن عن حقه ضد المدين والرهن .

DALLOZ. Rep . Pratique, P. 275 Nantissement, n° 18

(2) السنهوري - ص 776 - المرجع السابق . ج 10 .

(3) عبد الجواد السرميني وعلهر للسلام الترماني - المرجع السابق - ف 30 - ص 36

محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ف 289 - ص 211 (الحقوق العينية) ج 1 .

(4) SUZANE Rogier, de la mise en gage des créances en droit Français, thèse.1929.Paris.P.29

المادة 2/2012 مدني فرنسي .

ينفذه المدين الماكفول" وطبقا لهذا الرأي يكون الراهن بمثابة المدين الاصلي فان لم ينفذ المدين الاصلي طوعا التزامه، احل الراهن محله في التنفيذ، جبرا .

ويتميز البعض الاخر من الفقهاء⁽¹⁾ فيما اذا كان المدين هو الذي قدم الرهن وظهرت نيته في الوفاء بهذا الالتزام اعتبر الالتزام الطبيعي سببا في ترتيب الالتزام المدني طبقا لنص المادة (163 مدني) . ويضمن بالتالي هذا الالتزام باعتباره مدينا اصليا (2) .

اما اذا كان مقدم الرهن هو شخص غير المدين فان هذا الرهن لا يجوز لان ذلك من شأنه ان يجعل التزام التحويل اشد من التزام المدين الاصلي وهو ما لا تجيزه المادة 653 مدني .

ولذلك يقول الاستاذ السنهوري ان كفاية التحويل للالتزام الطبيعي جائسز ولكن بشرط ان يكون التزامه ايضا طبيعيا (3) .

ونحن ان نؤيد هذا الرأي الاخير الذي يميز بين الرهن المقدم من المدين نفسه والرهن المقدم من التحويل الميني .

ومع ذلك نلاحظ على انه لا يشترط ظهور نية المدين في الوفاء بالالتزام الطبيعي، بل نميل الى الاتجاه الذي يقول ان واقعة تقديم المدين للرهن ضمانا للالتزام الطبيعي في ذاته، تنفي بان تقوم الدلالة على انه يريد ان يجعل من الالتزام الطبيعي سببا في التزامه بالتزام مدني (4) .

-
- (1) استاذنا على علي سليمان - المرجع السابق - ص 449 .
 - (2) ولا يعتبر ذلك تجديدا للالتزام (المنصوص عليه في المادة 287 / 1 مدني)
 - (3) السنهوري - المرجع السابق - ج 2 - ص 754 -
 - (4) وعلى خلاف من ذلك فانه لا يجوز ان ينعقد الرهن ضمانا لدين متوقف وجوده على محض ارادة المدين . " un nautissement ne peut être constituée pour une dette dont l'existence est subordonnée à une condition purement potestative de la part de débiteur. V. DALLOZ. Rep. Pratique, nautissement, P. 275. n° 20.

وهذا ناتي على نهاية التابؤ الاول الذي يتعلق بانشياء رهمن
المنقول وننتقل الى الاثار المترتبة عن عقد الرهن .

—**—

المبحث الثاني

اثار الرهن الحيازي

تمهيد :

سبق ان راينا ان عقد رهن المنقول الحيازي هو عقد رضائي وملزم للجانبين بمقتضاه يلتزم الراهن بتقرير حق عيني تبني على اليمن المرهونة لصالح الدائن المرتهن بحيث يكون هذا الاخير ان ينفذ على العين عند حلول اجل الدين باعتباره دافئا مرتبنا، لا دافئا عاديا (1) غير انه لا يتقرر له حق التقدم وحق التمتع الا بعد التسليم.

ولما كان عقد الرهن من العقود الملزمة للجانبين، فقد رتب المشرع على عاتق كل من الراهن والدائن المرتهن الالتزامات الاتية :

- فالراهن يلتزم بتسليم العين المرهونة (م 951 مدني) ويضمن سلامة الرهن ونفاذه (م 953 مدني) كما يضمن هلاك الشيء المرهون عندما لا يكون للدائن المرتهن يد في هلاكه (م 954 مدني).

اما الدائن المرتهن : فيلتزم بدوره بالمحافظة والصيانة للعين المرهونة (م 955 مدني) واستعمالها واستثمارها ان امكن ذلك، واخيرا برد ما الى الراهن عندما تنتفي الحكمة من الرهن (م 2/956 و 959 مدني).

فما ان الالتزامات احد الاطراف تمتد في حد ذاتها حقوقا بالنسبة للطرف الاخر. فنكتفي بذكر هذه الالتزامات دون الحقوق تجنباً للتكرار. هذا بالنسبة لاثار عقد الرهن بين الاطراف. اما فيما يتعلق باثاره

(1) السنهوري - ج 10 - ف 533 - ص 786.

بالنسبة للخير فان المشرع قد استلزم توافر شروط تختلف باختلاف طبيعة
المال المرهون .

وسنتولى دراسة هذه المواضيع في الفصول الآتية :

—*—

الفصل الاول

اشار عقد الرهن بين المتعاقدين

نتناول هذه الاشار في محشين فالاول نخصه بالالتزامات الراهن
اما الثاني نخصه للالتزامات المرتبه .

المبحث الاول : التزامات الراهن .

تتمثل هذه الالتزامات في ثلاث وهي :

- الالتزام بالتسليم .
- الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه .
- والالتزام بضمان هلاك الشيء وتلفه .

المطلب الاول : الالتزام بالتسليم .

انه لغني عن البيان بان الراهن يلتزم بتسليم الشيء المرهون بمجرد انعقاد العقد اذا كان هذا الشيء معيناً بالذات (2) وعليه اذا حدث ان تقاعس الراهن في تنفيذ الالتزام الذي على عاتقه طوعاً . أجهراً على التنفيذ المبني ، او عن طريق التعويض او كلاهما ، في حالة التأخر ، طبقاً للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام . مع كل هذا يبقى حق الدائن في اسقاط الاجل قائماً لعدم تقديم المدين ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م 3/211 مدني) ، وهذا وقد تقرر الالتزام بالتسليم بنص المادة 1/951 مدني ، اما الفقرة الثانية منها فقد احوالتنا الى الاحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع (1) .

(1) تنص المادة 951 مدني بما يلي " ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه . . .

ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع " وقد سبق ان اشرنا من ان المشرع قد احوالنا بنص المادة 2/951 الى الاحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع غير انه لما تطرق لاحكام البيع لم يتناول سوا احكام تسليم الشيء المبيع . يراجع ما قلناه في البحث ص 31 حاشية رقم 1

(2) فيما يتعلق برهن الديون يقول الاستاذ اكرم امين الخولي ما يلي " يوجب لتمام -

والواقع فالرهن من وجود هذه الاحالة فان احكام البيع لا تنطبق الا من حيث زمان التسليم وكيفية حصوله ومكانه .

اما الاحكام التي تتنافى مع طبيعة الرهن والاهداف التي يرمي اليها فلا تسرى عليه، وعلى ذلك فالتسليم الحكمي المعمول به في البيوع لا ينطبق على رهن المنقول، الذي يقتضي الحيازة الحقيقية، التي تضع بصفة فعلية المال المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن او المدل . لان التسليم الحكمي لا يجدي شيئا لنفاس الرهن في مواجهة الخير مما يحيد هذا الرهن عن هدفه (1) والخاتمة التي انشيء من اجلها .

المطلب الثاني : التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه .

سبق ان راينا في المطلب السابق بان اول التزام يقع على عاتق الراهن هو الالتزام بالتسليم، والتسليم ذاته يقتضي ان يتم على النحو الذي يتحقق الغرض منه، وقد لا يتحقق هذا الغرض، الا اذا كان التسليم الذي يقوم به الراهن لم يتعمه اذى من هذا الاخير اذى الى الاضرار بحقوق الدائن المرتهن .

— الرهن فيما بين المتعاقدين قبول المدين للرهن او اعلانه به .
ويقول الاستاذ حسن يونس ما يلي : " وتنص المادة 1123 مدني مصري على ان رهن الدين لا يكون نافذا في حق المدين الا باعلانه هذا الرهن اليه او بقوله له وفقا للمادة 305 مدني مصري " ومعنى ذلك ان الرهن لا ينفذ في العلاقة بين المتعاقدين الا اذا اتبعت اجراءات حوالة الحق " ونحن لا نوافق الاستاذان في الراى . راجع ما سياتي في البحث - ص 201 حاشية رقم 2 .

(1) شمس الدين الوكيل - ف 186 - ص 504 وما بعدها .

MARTY et RAYNAUD

ويراجع ايضا :

حيث يقول : "Il ne suffirait pas d'une tradition feinte, comme celle qui resulterait d'une clause inserée dans un acte..."

- السنهوري - ج 10 - المرجع السابق - ف 533 - ص 785 .

وقد يتصور صدور اذى في شكل القيام بعمل مادي من شأنه ان ينوء الى الانقاص من القيمة الاقتصادية للشيء المرهون ، كان يقوم بالتلاف الكلي او الجزئي للشيء . او من شأنه ان يحرم المرتهن من حيازته او يحد من الانتفاعه .

وقد يتصور صدور اذى في شكل القيام بعمل قانوني ، من شأنه ان يثقل الحين بحق عيني اصلي او تبعي لفائدة شخص ثاني بطريق التواطؤ قبل ان يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ويدخل تحت حيازته (1) . لذلك تدخل القانون حماية للدائن ، فاعطى له حق الالتجاء الى القضاء لكي يامر بوقف الاعمال الضارة او الامر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر طبقا لما تقرر بنص المادة 3/899 مدني التي تحيلنا اليها المادة 2/954 مدني .

وقد يحصل الضرر من الراهن نتيجة اتخاذ موقف سلبي ازاء تعرض قانوني من الغير يمس سلامة الرهن مدعيا ملكية المنقول مثلا تحت مبرر الضياع او السرقة حتى لا يتذرع الدائن بقاعدة الحيازة في المنقول او يحد منها

لذلك تدخل المشرع بنص المادة 953 مدني التي تعطي مكنة عاجلة للدائن المرتهن لان يطلب القاضي السماح له باتخاذ الوسائل اللازمة التي تقتضيها المحافظة على سلامة الرهن ، ويكون هذا الاجراء على نفقة الراهن الذي تقاعس عن استعمال ما هو ملزم القيام به قانونا .

والى جانب هذا الحل ، يمكن له ان يطلب فسخ العقد ، طبقا للمادة 119 مدني ، وعند اعمال الفسخ ، يسقط الاجل الممنوح للمدين ويكون ملزم بالتسليم بالاداء الفوري .

(1) وهما ان المشرع لم يستلزم القيام بالتسليم فهو انعقاد عقد الرهن فان التصرف في الشيء من قبل الراهن تصرفا ماديا ام قانونيا تبقى محتملة .

- MAZEAUDS. Page 76, n° 69 " aucun délai n'ayant été fixé pour le dessaisissement du débiteur, les tribunaux n'exigent pas que la remise de la chose accompagne immédiatement l'échange des consentements".

المطلب الثالث : ضمان هلاك الشيء او تلفه .

يجب التمييز بين ثلاثة حالات لاسباب هلاك الشيء او تلفه . فاما ان يكون بسبب الراهن نفسه . واما ان يكون بسبب اجنبي . وتظهر اهمية التفرقة بين الحالتين في حق الاختيار المقرر بنص المادة 899 مدني .

- ففي الحالة الاولى : يكون للدائن حق الاختيار بين تقديم تامين كاف مسن للمدين او طلب التمجيل بالوفاء بالدين .

- اما في الحالة الثانية : (عندما يرجع الهلاك او التلف لسبب اجنبي) فيكون حق الاختيار للمدين بين تقديم تامين كاف او الوفاء بالدين .

وفي كل من الحالتين تقع تهمة الهلاك او التلف على عاتق الراهن .

- اما في الحالة الثالثة : فهي تتمثل في كون سبب الهلاك او التلف ينسب الى الدائن المرتهن ففي هذه الحالة تكون تهمة الهلاك او التلف على هذا الاخير (اي على المرتهن) لانه يكون مسوؤ ولا عن الشيء المرهون اذا لم يبذل قدرا معيناً من الضمانة في حفظ الشيء وصيانته طبقاً لمعيار الرجل العادي او السير العادي للامور (1) .

هذا وعلى خلاف ما يراه بعض الفقهاء (2) فان طبيعة التزام الراهن هو التزام

بنتيجة اما التزام الدائن فلا يكون الا التزام بمعناية (3) اطاعة الاثبات فيقع على عاتق الدائن المرتهن وعلى الراهن حسمها اذا كان الشيء قد هلك قبل تسليمها لمكان هذا الشيء قد هلك بعد تسليمه الى المرتهن او الممثل كما سبق ان ذكرنا .
(1) تخيل نص المادة 954 مدني على نص المادة 899 و 900 مدني ، غير اننا نلاحظ ان نص المادة 899 مدني الفقرة الثانية منها ، ما هي الا تكرار وتكرين لما نص عليه في القواعد العامة بنص المادة 211 مدني التي تقضي " يسقط حق المدين في الاجل اذا انقضى بفعله الى حد كبير ما اعطى الدائن من تامين خاص ، ولو كان هذا التامين قد اعطى بعقد لاحق او بمقتضى القانون . اما اذا كان انقاص التامين يرجع الى سبب لا يدخل للمدين فيه فان الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا (بمعنى ان للمدين حق الاختيار في الحالة الثانية فقط) .

(2) شمس الدين الوكيل - ص 512 و 514 .

(3) سمير تناغو - ص 372 - ما سيأتي - ص 67 وما بعدها في هذا البحث .

فاذا وقع الهلاك او التلف قبل التسليم فان عبء الاثبات يقع على الراهن وعليه ان يثبت بان سبب الهلاك او التلف قد وقع من الدائن مثلا او بسبب اجنبي، حتى يدفع المسؤولية عنه، في الحالة الاولى، ويتقرر له حق الاختيار في الحالة الثانية.

اما اذا وقع الهلاك او التلف بعد التسليم، فهنا تقوم قرينة قماءطة على ان الدائن المرتهن هو المنطقي، وله ان يدفع هذا الخطأ باثبات ان الهلاك ليس له يد فيه، ويكفي ان يثبت على انه لم يخطئ، وانه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل العادي.

هذا وقد يحدث ان يتلقى الراهن عن الهلاك او التلف الحاصل للشيء، تمويضا مدنيا، او تاميناء او مقابلا، نتيجة التصرف فيه بالبيع الى شخص حسن النية، فان حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته الى هذه القيمة على اساس فكرة الحلول الميني (م 900 مدني التي احدث اليها المادة 954 مدني).

وبخلاصة القول ان التزامات الراهن تشمل في التسليم وفي ضمان سلامة الرهن ونفاذه وفي ضمان هلاك الشيء او تلفه على النحو الذي شرحناه.

وفي المقابل قد رتب المشرع ايضا التزامات على عاتق الدائن المرتهن ذلك ما نتولى شرحه في المبحث الاتي، لكن قبل ان نتعرض الى هذه الالتزامات فضلنا ان نسبقه بنظرة خالفة حول الاساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام المرتهن وطبيعته والجدال الفقهي الذي شارح حوله، نظرا لاهميته، وتبيين موقفنا من كل هذا الجدل بما يسمح به الموضوع دون التعمق او اسهاب.

المبحث الثاني : التزامات الدائن المرتهن .

وتتمثل التزامات الدائن المرتهن في ثلاث: وهي الالتزام بالمحافظة، والالتزام بالاستثمار والادارة للشيء، واخيرا الالتزام بالرد.

المطلب الاول : الالتزام بالمحافظة .

البند الاول : اساس وطبيعة التزامات الدائن المرتهن .

(أ) الاساس الذي يقوم عليه الالتزام :

قد راينا في المبحث السابق من ان الزامن يلتزم بمقتضى عقد الرهن بتسليم الشيء المرهون الى الدائن المرتهن او الى المعدل، وان هذا التسليم في الرهن ما هو الا نقلا للحيازة دون انتقال الملكية، فمن البديهي ان تقدر للراهن الحماية للحفاظ على حقه في ملكية الشيء . هالتالي فنقل الحيازة يستلزم تبعا نقل الحراسة والحفاظ والصيانة وغيرها . ولعل ذلك ما ادى ببعض الفقهاء الى القول بان اساس التزام المرتهن هو نقل الحيازة ذاتها (1) والبعض الاخر من الفقهاء يرون بان اساس هذا الالتزام هو ناشئ عن التزام الدائن المرتهن بالرد للشيء المرهون الى الراهن عند انقضاء الدين، فطبقا لهذا الرأي فان الالتزام بالمحافظة والصيانة، ما هو الا التزام ثانوي، ناتج عن الالتزام الاصلي وهو الرد . بحجة ان الالتزام بالرد للشيء المرهون في الحالة التي كان عليها آن التماقد، او ان التسليم له من الراهن، يقتضي بداهة العناية به والمحافظة عليه حتى يبقى سالما من الهلاك او التلف او التحويل (2) .

ونحن ان نقدر وجاهة الرايين غير اننا نرى ان اساس كل من الالتزام بالمحافظة والالتزام بالرد يرجعان الى واقعة الحيازة ذاتها وصفتها العرضية .

ذلك بحجة انه كما لا يمكن تصور التزام الدائن المرتهن بالمحافظة قبل واقعة التسليم لا يمكن ايضا تصور الالتزام بالرد لولا الحيازة العرضية، والدليل على ذلك ان نص المادة 955 مدني، قد رتب الالتزام بالمحافظة على الدائن

(1) السنهوري - ج 10 - ص 809 - وسمير تناغو - ص 375 .

(2) على سليمان المرجع السابق - ص 570 - ومحمد وحيد سوار - ف 301 - ص 217 .
وهذا المعنى يقول الاستاذ : VIVANT, traité du droit commercial, 1912, Paris, page 32 " le contrat de gage, en genre comme principale obligation pour le créancier de restituer le gage après l'extinction de la dette".

المرتتهن تحت شرط، واقف، وهو الحيازة، (بقولها اذا تسلم الدائن المرتتهن . . .) (1) .
هذا فاذا كان المشرع قد وضع على عاتق الخائز الالتزام بالمحافظة فانه
لم يوضح مقدار العناية المطلوبة منه ، الامر الذي يثير التساؤل عن اى درجة
من العناية التي يريد لها المشرع و اى نوع منها ؟

- اشي عناية الشخص في امواله الخاصة ، كما هو الحال في الالتزام الملقى
على عاتق المودع لديه اذا كانت الوديعة بلا اجر (م 592 مدني) ؟

- ام هي عناية الرجل العادي كما هو الحال عليه في الالتزام الملقى على
عاتق المستاجر (م 495 مدني) والمنتفع (م 849 مدني) ؟

- ام هي عناية الرجل الحريص ، كما هو الشأن في الالتزام الملقى على عاتق
المستثمر (م 544 مدني) ؟

ذلك ما نحاول الاجابة عنه في النقاط التالية تحت عنوان : الطبيعة القانونية
للتزام الدائن المرتتهن - بالعناية .

ب) ما هي الطبيعة القانونية لالتزام الدائن المرتتهن ؟

ان نص المادة 955 مدني قد اجاب على السؤال ، لكن اجابته كانت غامضة
لما انه تكلم على نوعين من المسؤولية في آن واحد وقد صيغ على نحو يبيد وانه
قد وضع على عاتق الدائن المرتتهن التزاما بوسيلة والتزاما بتفانية في وقت واحد (2)
ولمعالجة الموضوع، نحاول ان نلقي نظرة على موقف الفقه ثم نحدد موقفنا من النظريات
الفقهية .

- (1) يلاحظ ان هذا النص يتكلم عن الدائن المرتتهن مع ان الالتزام بالمحافظة يقع على
الحائز سواء كان هو الدائن المرتتهن ام انه هو شخص اجنبي متفق عليه .
- (2) حيث ان الشق الاول منها يحدد العناية بما يبذله الشخص العادي صراحة . اما
الشق الثاني منها فيقضي بما يلي " وهو مسؤول على اهلاك الشيء او تلفه ما لم يثبت
ان ذلك يرجع الى سبب لا يد له فيه " ومعنى ذلك انها تضع على عاتقه التزام بنتيجة .

(1) رأى الفقه :

اختلف الفقه في تكييف الطبيعة القانونية للالتزام الذى تمنيه هذه المادة (955 مدني) . فالبعض يرى بأن طبيعة التزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية ويستند هذا الرأى الى حجج مختلفة وهي :

1 - ان المشرع لا يحمل المدين تبعة الحادث الفجائي او القوة القاهرة وان سلامة الرهن تقع على عاتق الراهن في النهاية مما يبدل على ان الالتزام المرتهن هو التزام بعناية (1) .

2 فالعناية الخاصة لا تتقرر الا بنص القانون وبما ان المشرع لم ينص على عناية خاصة فان العناية المطلوبة في المرتهن هي تلك المطلوبة في الرجل العادى (2) .

3 - ان التزام بعناية قد ينقلب الى التزام بعناية والعكس صحيح . وان المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين ، ومقدار العناية المطلوبة من الدائن المرتهن ، هي عناية الرجل العادى لا اقل ولا اكثر من ذلك (3) .

4 - واخيرا ان هذا الرأى يميز بين الدائن والمدل ويقول : ان ما يتطلب من الدائن المرتهن هو عناية الرجل العادى فحسب ، لانه لا يحتسار الشيء المرهون لصالح الراهن فحسب حفاظا لحقه في الملكية ، بل يحتساره ايضا لمصلحته هو ، التي تشمل في استيفاء الديون المضمون منه (4) .

(1) تناغو : المرجع السابق - ص 376 وما بعدها .

(2) الترميني والترمانيني - المرجع السابق - ص 52 .

(3) السنهورى - ج 10 - ص 809 وما بعدها .

(4) محمد وحيد سوار - شرح القانون المدني (الحقوق الميضية) ص 1969/68 ص 219 .

اما المدل فهو بمثابة وكيل، فان كان مأجوراً، فان العناية المرجوة منه هي عناية الرجل العادي، اما اذا كان متبرعاً، فلا يرجى منه الا ما كان يبذله من العناية في شؤونه الخاصة، فان كان حريصاً في شؤونه الخاصة فلا يطالب باكثر من العناية التي يبذلها الرجل العادي، وحتى لا تكون مسؤوليته اشد من الوكيل العا جور (1).

اما الفريق الثاني من الفقهاء، فانه يذهب الى القول بان التزام المرتهن هو التزام بنتيجة، وفي هذا الصدد ننقل ما قاله الاستاذ شمس الدين الوكيل (2) ان يقول "ويلاحظ وجوب مراعاة الحيطة في الرجوع الى هذه النصوص (3) للاستدلال منها على تحديد نطاق تقسيم الالتزام الى بذل عناية او تحصيل نتيجة. فلا يكفي ان يرد نص في القانون يقرر ان المدين ملتزم ببذل عناية معينة للقول بانه غير ضامن لتحقيق النتيجة التي تؤدي اليها هذه العناية عادة.

وانما يجب الاستناد الى مقياس اخر وهو الراجح بين الفقهاء المروجين لهذا التقسيم قوامه، ان العبارة بمدى احتمال وقوع النتيجة، ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها، فان كانت العناية المطلوبة منه تؤدي الى الغاية منها، كنا بصدد التزام بتحصيل نتيجة المشال الحي الذي يصدق عليه المقياس المتقدم هو التزام الدائن المرتهن المقرر في نص المادة 1103 مدني مصري (النص مطابقاً تماماً مع نص المادة 955 مدني جزائري) فهو يلتزم باخذ مسلك معين في المحافظة على الشيء المرهون وصيانته ولكنه يضمن ايضاً سلامته، فقد افترض المشرع ان العناية المطلوبة منه، تؤدي الى الابقاء على الشيء سليماً دون ان يصيبه التلف او يلحقه الهلاك، فان

(1) وعلى هذا الرأي: الاستاذ علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 571 حاشية رقم 1

(2) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 513 وما بعدها .

(3) يشير الكاتب الى المادة 211 مدني مصري التي تخص العناية المطلوبة من المدين

اذا كان ملتزماً بالمحافظة على الشيء، او القيام بادارته او يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، وليس لهذا النص نص يقابل في القانون المدني الجزائري. ويشير ايضاً الى

نص المادة 641 مدني مصري (544 م جزائري المتعلقة بالتزام المستعير) والمادة

720 مدني مصري (592 مدني جزائري والمادة 495 مدني و 849 مدني جزائري

التي تتعلق بالتزام المودع لديه والمستاجر والمنفع وغيرها) .

تلف او هلك انعمدت مسوء وليته ، باعتبارها ضامنا لنتيجة معينة ، ما لم يثبت السبب الا جني الذي جعلها تفلت من سيطرته .

اما الراى الثالث من الفقهاء : فقد حاول التوفيق بين التعارض السندي اورده المادة 955 مدني والتي تقر في نفس الوقت الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة (1) ، وبهذا الشأن نورد راى استاذنا علي سليمان ، قائلاً ، ما معنيها : ان نص المادة المذكورة يتضمن الالتزام اصلي وهو الالتزام بالرد للشيء المرهون الى الراهن والالتزام بالرد يستلزم الالتزام بالمحافظة حتى يكون الالتزام الاصلي قابلاً للتنفيذ ، وعلى ذلك يعتبر الدائن المرتهن قد قام بالتزامه بالمحافظة على الشيء وصيانته ويفترض منه انه قد بذل في سبيل ذلك عناية الرجل السادي وعلى الراهن اذا ادعى غير ذلك ان يثبت ان المرتهن لم يبذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد .

اما اذا هلك الشيء المرهون او تلف ، واستحال بالتالي رده بالحالة التي كان عليها عند تسليمه للمرتهن يكون هذا الاخير قد اخل بالتزامه بتحقيق غاية . ويكون بالتالي مسوء ولا حتى يقيم الدليل على ان الهلاك او التلف يرجع الى سبب اجني لا يد له فيه (2) .

2 - موقننا من هذه النظريات الفقهية :

لقد راينا اختلاف الفقهاء الذي دار حول تكييف الطبيعة القانونية للالتزام الذي يقع على عاتق الدائن المرتهن بنص المادة 955 مدني .

(1) ونص المادة 955 مدني - هذا - يقضي بما يلي " اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه ان يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسوء ول عن هلاك الشيء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه " .

(2) استاذنا علي سليمان - المرجع السابق - ص 572 - 573 .

فمنهم من يرى انه التزام ببذل عناية ومنهم من يرى بانه التزام بنتيجة، ومنهم من وقف موقف وسط. حيث يرى ان نص المادة المذكورة يتضمن التزاما بعناية والتزاما بعناية في نفس الوقت.

غير ان الحجج التي اعتمد عليها هؤلاء الفقهاء لتبرير آرائهم تستوجب بعض المناقشة والوقوف عندها وسوف نحاول الرد عنها باختصار .

فالرأي القائل بان التزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية بحجة ان المشرع لم يحدد المرتهن تبعية الهلاك او التلف عند تحققهما بسبب اجنبي (1)، هذه الحجة مرفوضة، لانه حتى ولو كان الالتزام بنتيجة فبما كان المرتهن ان يدفع المسؤولية عنه باثبات السبب الاجنبي، وهذا السبب يقطع العلاقة السببية، ويقطعها تنفي المسؤولية، فالالتزام امين النقل (اشخاص ام بضائع) مثلا هو التزام بنتيجة ومع ذلك يمكن ان يدفع المسؤولية عنه باثبات السبب الاجنبي (2) .

اما الرأي القائل بان التزام الدائن المرتهن هو التزام بعناية على اساس ان المرتهن يحتاج لمصلحته ومصلحة الراهن (اي المالك) (3) مما فان هذه الحجة هي ايضا محل نظر، ذلك باعتبار انه ليس من الضروري ان يجتاز المدين (وهو الدائن المرتهن) لمصلحته فقط بل يكون ملتزما بالتزاما بنتيجة، فالمستعير مثلا يجتاز لمصلحته ولمصلحة الممير مما ومع ذلك فمسؤوليته اشد من مسؤولية الرجل العادي .

(1) رأي الاستاذ تناغو - ص 376 .

(2) راجع الحكم الصادر عن محكمة النقض المدني مصري بتاريخ 1954/1/7 . مجموعة المكتب الفني عدد 2 سنة 5 ص 402 ، اشار اليه الاستاذ شمس الدين الوكيل المرجع السابق - حاشية رقم 2 - ص 512 . وراجع ايضا الاستاذ علي سليمان ، المرجع السابق - ص 572 حيث يقول في التزام الناقل ما يلي " لا يعفيه من المسؤولية ان يثبت انه بذل في سبيل توصيله عناية الرجل العادي ، وانما يعفيه منها اثبات السبب الاجنبي " .

(3) رأي استاذنا محمد وحيد سواز (الحقوق العينية) المرجع السابق - ص 219 .

اما الرأي القائل بان العناية الخاصة لا تتقرر الا بنص القانون (1) فرد عليه بان هذه العناية قد نص عليها المشرع في الشق الثاني من نص المادة 955 مدني بقوله " وهو مسوؤول عن هلاك الشيء " او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجبي لا يد له فيه". وفي نظرنا انه لولا حرص المشرع على تخصيص هذه العناية، لما كان في حاجة الى تخصيص المسوؤولية لحالة الهلاك او التلف تختلف عن المسوؤولية المفروضة عن عدم الحفاظ والصيانة بولكان قد اكتفى المشرع بالمسوؤولية المفروضة في الشق الاول من النص المذكور. وهي " مسوؤولية الرجل العادي".

اما الرأي القائل بان التزام الدائن المرتهن هو التزام بعناية استنادا الى درجة الخطأ (2) فلا نرى صبرا لهذه الحجة وهي مخالفة لغرض المشرع. الذي حدد المسوؤولية بنص صريح. بالاضافة الى ذلك اننا لا ندرى كيف توصل الى هذه النتيجة.

لان الاستاذ شمس الدين الوكيل، قد اعتمد على نفس المعيار، الذي اعتمد عليه الاستاذ السنهوري، ومع ذلك فقد توصل الى نتيجة غير التي توصل اليها الاستاذ (السنهوري)، ان يقول (3) بان " المبرة بمدى احتمال وقوع النتيجة ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها" ثم انتهى بالقول الى ان التزام الدائن المرتهن هو التزام بنتيجة او بغاية.

-
- (1) رأى الاستاذان: البرميني والترمانيني - المرجع السابق - ص 52.
 - (2) رأى الاستاذ عبد الرزاق السنهوري - ج 10 - ص 809 وما بعدها، وكذلك الوجيز ص 209 - اشار اليه تناغو في المرجع السابق - ص 377 حاشية رقم 1.
 - (3) ويقول الاستاذ السنهوري في هذا الصدد " ان الالتزام بعناية قد ينقلب الى التزام بعناية، وان المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين، فمن السبب الاجنبي الى الفعل المجرد عن الخطأ. الى الخطأ التافه الى الخطأ اليسير الى الخطأ الجسيم الى الفعل الصمد يتدرج المدين في مسوؤليته العقدية وفقا لما ينص عليه القانون او يقضي به الاتفاق... (وينتهي) بالنتيجة الى القول بان العناية المطلوبة من الدائن المرتهن هي عناية الرجل العادي لا اقل ولا اكثر من ذلك".
 - (3) رأى شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 513.

مع ان الاخذ بهذا المعيار لا يؤدي بالضرورة الى نفس النتيجة التي انتهي اليها .

اذ ان الاخذ بهذا المعيار معناه الاخذ بالاعتبار عدة عناصر منها طبيعة الشيء المرهون اذا كان قابلاً للهلاك او التلف (من الداخل او من خارجه) ومدى سيطرة الدائن المرتهن على مقاومته .

وعلى ذلك فتكون طبيعة التزام الدائن المرتهن بحسب حالة الشيء المرهون فتارة يكون التزامه بغاية وتارة اخرى يكون التزامه ببذل عناية والقاضي له سلطة تقديرية في الموضوع .

فانما كان الشيء مثلاً هو كميالة فاحتمال الهلاك او التلف لها (مادياً ام قانونياً) اهمد مما اذا كان الشيء المرهون فواكه او خضر وعلى ذلك يكون التزامه بنتيجة في المثال الاول ويكون ببذل عناية في المثال الثاني .

وعلى اية حالة ان مصدر الخلاف الفقهي هذا قد جاء نتيجة لعدم وضوح نص المادة 955 مدني ، وبالتالي فنحن نميل الى الرأي القائل بان مضمون هذه المادة يحتوى على الالتزام بغاية والالتزام ببذل عناية في نفس الوقت (1) وفي نظرنا انه ليس هناك تناقض بين المسؤوليتين بل انما يريد المشرع التمييز بين امرين :

- اولاً : عندما يصدر التقصير او التهاون من الدائن المرتهن منتجاً لاشارة في الحال يؤدي الى اتلاف او هلاك الشيء المرهون (جثياً ام كلياً) بحيث يستحيل تنفيذ التزامه ببرد الشيء الى السراهن بالحالة التي كان عليها ان تسلمه اياه ، وهنا تنعقد مسؤوليته على اساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس الا بقطع الملائقة السببية بينه وبين الضرر الذي حدث للشيء ، ولا يتأتى للدائن ذلك الا باثبات السبب الاجنبي .

(1) على علي سليمان - المرجع السابق - ص 572 - 573 .

- ثانيا : عندما يصدر منه التقصير او التهاون او سلوكا ضارا (ظاهر او خفي)
لكن لا ينتج اثارا في الحال بل قد تظهر هذه الاثار في المستقبل اى يفسد
تنفيذ الالتزام بالرد .

وفي هذه الحالة، طالما ان هذا السلوك السلبي لم يحدث ضررا في الحال،
ادى به الى الهلاك او التلف، فلا يمكن اقامة المسئولية الا باتباع القواعد العامة،
لذلك جعل المشرع المسئولية تخضع لمعيار سلوك الرجل العادي ويقع على عاتق
الراهن عبء اثبات الخطأ .

ولمزيد من الوضوح ناتي بالمشال الاتي :

لنفترض ان الشيء المرهون هو سيارة، قام المرتهن بتنفيذ التزامه بالرد وهي
سالمة من العطب او التلف والرننة، وبالرغم من ذلك يمكن ان ينسب للمرتهن خطأ
عدم اتخاذ وسائل الصيانة التي يستعملها الأشخاص دوريا اى تلك الوسائل
التي تتحمل في استئجار ال أزيوت والشموع التي لا تظهر نتائجها على المحرك
الا بعد زمن طويل من بعد الاسترداد .

ولما نمعن النظر في مثالنا هذا نجد بأن المسئولية تختلف شدتها
باختلاف ما اذا كان السلوك السلبي (تقصير ، تهاون وغيره) قد ظهرت اثاره
آن حياة الدائن للشيء المرهون ام انه قد ظهرت اثاره بعد انتقال الحيازة من
المرتهن الى الراهن .

- ففي الحالة الاولى كان خطأ الدائن المرتهن مفترض افتراضا لا يقبل اثبات
العكس الا باثبات السبب الاجنبي .

- اما في الحالة الثانية : فمسئولية الدائن المرتهن تخضع للقواعد العامة
التي لا تقوم الا باثبات عناصرها الثلاثة .

اذن نخلص الى ان طبيعة التزام الدائن المرتهن يتحدد بامرين :

1 - جسامة الضرر .

2 - انتقال الحيازة الى الراهن .

ويكون الضرر جسيماً اذا بلغ حداً أدى الى اتلاف او هلاك الشيء قبل تنفيذ الدائن المرتتهن التزامه بالرد وذلك يكون التزامه بالنتيجة (1) طالما ان في هذه الحالة يستحيل التنفيذ بالرد، للشيء في الحالة التي كان عليها آن التسليم. اما اذا كان الضرر الحاصل للشيء غير ظاهراً، بحيث لم تظهر نتائجه الا بعد تنفيذ الالتزام بالرد وذلك لا تقام على المدين، المسوءولية الا بناءً على القواعد العامة اى يكون التزامه التزاماً بعقاية.

اذن ليس هناك ما ينير القول بان نص المادة 955 مدني تتضمن في طيها تناقضات بل انها تنظم حالة التي يكون فيها الدائن ملتزماً بمعنايئة، وحالة اخرى التي يكون فيها ملتزماً بعقاية. وهذا امر منطقي اذ ان في غير حالات الهلاك او التلف للشيء المرهون لا يمكن افتراض خطأ الدائن، والاصل في الذم البراءة حتي يثبت عكسها.

اما اذا وقع التلف او الهلاك للشيء وهو في حيازة الدائن المرتتهن فالمنطق يقضي بتضحية بهذا المبدأ، وافتراض خطأ الدائن حماية للراهن. لان تحميل المرتتهن باثبات السبب الاجنبي، يكون اهمون من مطالبة الراهن بان يقسم الدليل على صدور خطأ من الدائن، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة ارهاق له وقد يستحيل الوصول الى حقه باتباع هذه الطريقة.

والخلاصة، فانا كان المشرع راعى توازن المصالح بين المتعاقدين ففي المادة 955 مدني ليم ينس هذا المبدأ فراعى التوازن ايضا في تحميل الاعباء بين الدائن المرتتهن والراهن (مدينا كان ام كعيلاً).

(1) وهذا امر طبيعي جيداً حتى نخلف الراهن من عب الاثبات وقد يصعب عليه لو حملناه بذلك.

البند الثاني : كيف يتم الالتزام بحفظ الشيء المرهون وصيانته؟

تستلزم المحافظة والصيانة مراعاة طبيعة الشيء المرهون، فإذا كان ديناً في ذمة الغير فيجب على الدائن المرتهن استيفاءه عند حلول أجله مع الفوائد المترتبة عنه . ويجب مبادرة قطع التقادم إذا كان هذا الدين نهدياً بالتقادم المكسب حتى لا ينتلب إلى التزام طبيعي (1) (م 978 مدني) .

وان كان الشيء المرهون سيارة مثلاً فلا بد من استبدال الشموع والدهون والزيوت في وقتها اللازم . وان كان حيواناً وجب على الحائز تقديم العلف المناسب له والكافي ، فان كان الشيء ورقة تجارية يجب على الدائن المرتهن تقديمها للقبول ان وجب ، والمطالبة بالوفاء بقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق ، وعند عدم القبول المشروط او الوفاء فيجب عليه اجراء البروتستو، وعلان كل مسن الموقعين عليها والساحب في المواعيد القانونية .

وكذلك يمتنع على المرتهن اجراء بعض التصرفات التي ترتب للغير حقوقاً على الشيء المرهون ، (كالبيع والهبة والرهن) وحفاظاً لحق الراهن على الشيء المرهون يجب على الدائن المرتهن ، ان يدفع نفقات الصيانة واجراء الاصلاحات المفيدة والضرورية للشيء (2) . وله ان يسترد هذه النفقات من قبل المستفيد الحقيقي منها ، كما سنرى ، وفي العادة يكون المستفيد من هذه النفقات المدين الراهن وقد يكون الراهن ليس بالمدين انما هو كعقيل عينا .

(1) تنص المادة 2/978 مدني بما يلي " ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون ، فإذا كان له ان يحصل شيئاً من هذا الدين دون تدخل الراهن ، وجب عليه ان يحصله في الزمان والمكان المميين للاستيفاء وان ييسر باخطار الراهن بذلك " .

(2) بهذا المعنى يقول الاستاذان MAZEAUD المرجع السابق - ص 91 - ف 83 - وكذلك هو ما نصت عليه المادة 2/2080 مدني فرنسي .
ويلاحظ ان في تشريعنا ليس هناك نص خاص يلزم الدائن المرتهن للمنقول بالانفاق عليه كما نص بشأن رهن العقار رهناً حياً زياً م (968 مدني) ولم نجد هناك نصاً يحيلنا اليه . ونحن في نظرنا ان المشرع لم يريد اعفاء الدائن المرتهن للمنقول من هذا الالتزام بدليل انه اشار الى هذه النفقات والمصاريف بصفة عرضية في نص

فان حدث ان اخل الدائن المرتهن بالتزامه او لم ينفذه تماماً، كان للمدين ان يطلب التعويض او يطلب من القاضي بأن يضع الشيء تحت الحراسة، وله ان يطلب التسويض والحراسة معاً، ذلك حسب جسامه الخطأ (1) وما يمليه نص المادة 958 مدني .

المطلب الثاني : الالتزام بالاستثمار وادارة الشيء المرهون .

ان التصريف الذي اتانا به المشرع بنص المادة 948 مدني لم يشير الى ما يخص الالتزام باستثمار الشيء وادارته .

لكن عندما تعرض الى معالجة التزامات التي تكون على عاتق الدائن المرتهن خصص المادتين 956 و 958 مدني لمعالجة مسألة الانتفاع والاستثمار ونتائجه وكيفية خصم القيمة المالية التي حصل عليها الدائن من المدين وملحقاته واخيراً كيفية ادارته .

وسنتولى شرح ذلك في النقاط التالية :

- البند الاول : استثمار الشيء المرهون :

يقول الفقه (2) بان الرهن الحيازي يعتبر بمثابة وسيلة من وسائل الوفاء التدريجي للالتزام، بحيث يفني الدائن المرتهن من الالتجاء الى اجراء البيع الجبري . ونتيجة لهذا الاعتبار وضع عبء الالتزام باستثمار الشيء المرهون على عاتق الدائن المرتهن، لكون هذا الاخير، يكون الشيء تحت حيازته، والمشرع ان يتخذ هذا الموقف فهو يحقق مصلحة الراهن ومصلحة المجتمع والدائن المرتهن معاً .

= المادة 3/956 مدني وعليه فيجب تطبيق نص المادة 968 مدني الخاصة برهن الحيازي الوارد على المقار عن رهن المنقول عن طريق القياس لاتحاد العلبة (وهي تحقيقاً للمحافظة والصيانة للشيء المرهون) .

(1) السنهوري - ج 10 - ص 813 .

(2) شمس الدين الوكيل - ص 517 حاشية رقم 1 .

وتتمثل مصلحة الرهن، في التخلص من الدين الذي عليه عن طريق الإطفاء أو المقاصة التدريجية من محاصيل الاستثمار.

أما مصلحة المجتمع فتتمثل، في الحصول على حق الدائن المرتهن دون إثارة اهتمام هذا المجتمع عند استعمال الوسائل الجهرية على الأفراد المكونين له .

أما مصلحة الدائن المرتهن فتتمثل، في تمكينه من استيفاء دينه دون احراج . وعلى ذلك فالرهن الحيازي يفرد بهذه الميزة عن الرهن الرسمي، حيث ان هذا الأخير لا يغطي للدائن المرتهن حق الاستثمار الا من تاريخ تسجيل نزع الملكية (م 888 مدني) .

أما في الرهن الحيازي ، فان الدائن المرتهن ملزم باستثمار الشيء المرهون فيما اعد له استثمارا كاملا، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ان كان قابلا للاستغلال، فان كان الشيء سيارة مثلا فله ان يركبها وله ايضا ان يستغلها بواسطة تاجيرها (2) .

هذا ونظرا لكون الرهن لا يجرى عادة الا من طرف المدين، وان هذا الأخير، قد لا يلجأ الى هذه الوسيلة التامينية الا نتيجة ضعفه اقتصاديا، حرص المشرع على عكس بعض التشريعات (1) على توفير الحماية اللازمة له من الضغوط الممنوية التي يسلطها عليه الدائن المرتهن ، ان حرم على هذا الأخير الانتفاع بالشيء المرهون بدون مقابل وان كان هذا الانتفاع صادرا عن رضا الرهن، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك .

(1) راجع سوار - المرجع السابق - ص 291 - الذي يقول " يجوز ان ينتفع الدائن المرتهن في القانون السوري بالشيء المرهون بدون مقابل اذا رضي بها المدين لكن بشرط ان يكون الانتفاع دون الاستغلال، طالما ان هذا الانتفاع لم يتجاوز الحد المسموح به في الفوائد " .

(2) ما سيأتي - ص 88 .

ونحن في نظرنا ان هذا التحريم ينسجم مع تشريعتنا الذي يحرم الفوائد بين الافراد بكل اشكالها . هذا فان كان الالتزام باستثمار الشيء المرهون يقع على عاتق الدائن المرتهن فان المشرع لم يبين لنا صفة للقيام بهذا الواجب . اما الفقه والقضاء فقد اختلفا في صفة المرتهن عند قيامه باستثمار الشيء المرهون، اذ ذهب القضاء المصري (1) وبعض الفقهاء (2) الى القول بان الدائن المرتهن يستثمر الشيء المرهون باعتباره وكيل .

غير ان هذا الرأي يصاب عليه على اساس ان الوكالة يجب ان تظهر فيها نية التوكيل عند ابرام عقد الرهن ، وهذه النية لم تدور في ذهن الدائن عند التعاقد اطلاقا . ويقول بعض الفقهاء الممارضين لهذه الفكرة ان القول بفكرة الوكالة ثوذي بنا الى حالة شاذة وهي حالة التي يؤجر العقار المرهون حيازيا للراهن (3) ، فيتكون في هذه الحالة مؤجر ومستأجر في نفس الوقت وهو لا يضاغ . غير ان هذه الحجة ان صحت في رهن العقار فانها لا تصح في رهن المنقول كما سنرى . لذلك ذهب الفريق الثاني (4) من الفقهاء الى القول بان الدائن المرتهن يستثمر المدين المرهونة باعتباره نائبا قانونيا ، غير ان هذا الرأي يصاب عليه ايضا على اساس ان النيابة القانونية كالوكالة الاتفاقية وبالتالي فينسب له نفس الاعتراض الذي قدم لفكرة الوكالة .

(1) نقض مدني مصري بتاريخ 1950/11/23 قضى : " بان الدائن المرتهن رهن حيازي يعتبر انه وكيل عن المدين الراهن في استغلال وادارة المدين المرهونة وقبض رهنها وان عليه بهذا الوصف ان يقدم الى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك وددين الموكل قبل وكيله لا يبدا تقادمه الا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما " مجموعة الخامسة والمشرين عاما - 1 - ص 393 رقم 10 اشار الى هذا الحكم الاساتذة : السنهوري ، ج 10 - ص 813 - شمس الدين الوكيل - ص 516 - حاشية رقم 1 - علي سليمان - ص 575 .

(2) تناغو - المرجع السابق - ص 378 - شفيق شحاته - المرجع السابق - نبذة 159 .

(3) سليمان مرقس - المرجع السابق - نبذة 292 .

(4) تنص المادة 967 مدني على انه " يجوز للدائن المرتهن ان يؤجر العقار الى الراهن دون ان يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير " .

وزهد الفريق الثالث من الفقهاء، وهم الاغلبية، الى القول بان الدائن المرتهن يباشر سلطاته في استثمار العين المرهونة باعتباره اصيلا عن نفسه وليس نائبا عن الراهن (1).

اما موقفنا من هذه المذاهب، فنرى انه يجب التمييز بين ما اذا كان الشيء المرهون عقارا ام منقولا.

فاذا كان الشيء المرهون عقارا . فتعتبر سلطات الدائن المرتهن في استثماره اصيلة عن نفسه وليس نائبا عن غيره (اي نائبا عن الراهن) لان القول بغير هذا يودي بنا الى الوضع الشاذ الذي يوجب فيه الدائن المرتهن العين المرهونة للراهن طبقا لنص المادة 967 مدني، وبالتالي يصبح (بهذا الوضع) الراهن مؤجرا ومستاجرا في وقت واحد . اما اذا كان الشيء المرهون منقولا فاننا لا نتفق مع الراي الذي يقول بان الدائن المرتهن يستثمر الشيء باعتباره اصيلا . ذلك ان كان هناك ما يبيهر اعتبار الدائن في استثمار العقار اصالة عن نفسه ، لان النيابة تفترض تعاقد - أ - باعتباره وكيل او نائبا عن - ج - مع - ب - ويسود التصرف مباشرة على - ج - ويكون طرفا العقد (ج) مع (ب) ويصبح (أ) من الغير الا ما استثنته المادة 73 مدني فيما يتعلق بسيوب الارادة او فيما يخص العلم ببعض الظروف الخاصة .

فان سلمنا بالقول الذي يرى بان الدائن المرتهن يباشر سلطاته في الاستثمار باعتباره نائب عن الراهن (2) . فنكون في مثلنا السابق امام وضعية شاذة هي : ان - أ - (يمثل ج) قد تعاقد مع - ج - لحساب - ج - والنتيجة تكون ان اطراف العقد هم - ج - مع (نفس) - ج - وهذا غير معقول لذلك لا نرى هناك مبرر للاخذ بهذا

(1) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 516 - عبد الفتاح عبد الباقي - ص 614 وما بعدها - السنهوري - ج 10 وما بعدها - علي سليمان - المرجع السابق ص 576 .
(2) استاذنا علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 576 .

التكليف عندما يتعلق الامر برهن المنقول ، وهو موضوع بحثنا ، ذلك لاسباب آتية :
- ان عدم قبول فكرة الوكالة او النيابة كانت نتيجة امكان رجوع العين المرهونة الى الراهن ان كانت عقارا عن طريق الايجار طبقا لنص المادة 967 مدني . اذن رجوع حيازة العقار الى الراهن عن طريق الايجار دون انقضاء الرهن ، ما هو في الواقع الا استثناء ادخله المشرع على نص المادة 952 مدني التي تقيم قرينة بسيطة على انقضاء حق الدائن في الرهن بمجرد توافر واقعة الرجوع ، ومعبارة اخرى فبينما جعل المشرع من واقعة الايجار ذاتها سببا كافيا لاثبات بان الرجوع هدف اخر غير الانقضاء . فان رجوع المنقول المرهون الى الراهن بسبب الايجار لا يكفي لاستمرار الرهن كما سنرى ، بالاضافة الى هذا فان الفرض من الرهن يتحقق عندما يتمكن الدائن المرتهن من الاحتجاج به ضد الغير . ولا يتاتي له ذلك الا بوضع العين المرهونة بيديه او لدى عدل متفق عليه . (م 969 مدني) .

فجاء المشرع باستثناء فيما يخص العقار حيث جعل الرهن نافذا في حق الغير بالرغم من رجوع الشيء المرهون بسبب ايجاره للراهن .

فان خص المشرع الرهن الحيازي الوارد على العقار بهذه المميزات التي دفعت البعض من الفقهاء الى الاتجاه الى حيلة قانونية يبررون بها هذه الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة . فاننا لا نرى مبررا لاستبعاد فكرة النيابة القانونية لصفة الدائن المرتهن في استثمار العين المرهونة عندما يتعلق الامر باستثمار المنقول المرهون . ان بزوال العلة يزول معها المصلول .

اذن نخلص الى القول بان الدائن المرتهن يستثمر المنقول المرهون لحساب الراهن باعتباره نائبا قانونيا عنه ولكنه يحتفظ بالثمار خصما للدين الذي على المدين كما سنرى فيما يأتي :

البند 2 : خصم المصاريف والدين من انتاج الاستثمار .

القاعدة العامة تقضي بأن المقاصة لا تجوز الا في مجال النقود، او كان الشيء مثليا متحد النوع والجودة، وكان الدينان محققين، ومستحقين، فان تخلف شرط من هذه الشروط فلا يمكن للمدين ان يجرى المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه (م 297 مدني) .

وخروجا عن هذه القاعدة (العامة) ، فان للدائن المرتهن (الذي هو في نفس الوقت مدين بثمار الناتجة من الشيء المرهون قبل الرهن) اقتطاع المصاريف واصل الدين من الغلة التي حصلها من الثمار بواسطة اجراء المقاصة (م 956 مدني) .

ويقصد بالغلة التي تكون محلا لاستئصال منها المصاريف، والدين، والغلة الصافية بعد اقتطاع منها تكاليف تحصيلها .

ايضا يدخل في مفهوم الغلة، مقدار استفادة الدائن المرتهن من استعمال الشيء، ويستعان في تقييم هذه الاستفادة بخبير مختص عند الاقتضاء، ونتيجة هذا التقييم تضاف الى قيمة الغلة، ذلك لان في تشريحننا لا يسمح للدائن المرتهن بان ينتفع بالشيء المرهون بدون مقابل ولو برضا الراهن (م 956 مدني) (حماية للمدين من الضغوط المعنوية وتحريما للفوائد المستترة) (1) .

وتجرى عملية الخصم بحسب الترتيب الذي نص عليه القانون (م 956 مدني) وما ان نص القانون لم يوضح هذه المصاريف فنستعين بما اتفق عليه الفقه في الموضوع (2) على ان الاسبقية تكون :

(1) ما سبق ص 79 .

(2) السنهوري - ج 10 - ص 818 فقرة 566 .

1 - لمصاريف الصيانة والمحافظة على الشيء ، لان لولا هذه المصاريف للحق بالشيء الهلاك او التلف ، ويدخل في مفهوم هذه المصاريف تلك التي انفقت في اصلاح الشيء (1) .

2 - المصاريف الضرورية التي استلزمها الشيء او ادارته او الحصول على الحقوق اللاحقة به وكذلك التي انفقت في نقل حيازة الشيء او تحصيل قيمة الكميالة او تحرير البروتستو لعدم القبول او لعدم الدفع حتى لا تفقد الورقة الضمانات العالقة بها ، وتعتبر الضرائب من المصاريف الضرورية (2) .

اما المصاريف النافعة فليس للدائن المرتهن عليها حق الامتياز انما يمكن ان يستردها بمقتضى حقه في حبس الشيء المقرر له في المادة 200 مدني (3) .

(1) غير ان القضاء الفرنسي يتشدد في تحديد مصاريف المحافظة ويعرفها على انها تلك التي انفقت من اجل منع الشيء من الهلاك الكلي او الجزئي ، بان يصبح غير صالح للاستعمال فيما اعد له . ولذلك نقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف Rennes بتاريخ 1979/3/28 ورفض الامتياز للمصاريف التي انفقت على مواد قابلة للهلاك في مخازن التبريد بحجة ان هذه المصاريف قد اقتضتها العناية العادية للشيء ، ولكي تكون هذه المصاريف ممتازة فلا بد من توافرها عند المنصرين :

1 - ان يكون الهلاك وشيك الوقوع .

2 - او ان يكون ظرف استعجالي .

- Cass.com.5.01.1981.J.C.P.E.G. Bull.Cass.IV.P.99 (Privileges et Hypothèques)

- MARTY et RAYNAUD. Tom.II.1è Vol, les suretés.P.55.n°89.

(2) محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص 220 فقرة 303 . محمد كمال مرسي - فقرة 312 .

ص 419 اشار اليه السنهوري - ج 10 - ص 828 . وراجع ص 99 فيما يتعلق بمصاريف عقد الرهن وعقد الدين المضمون بالرهن ومصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن .

(3) تنص المادة 200 مدني على ما يلي " لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او مخززه ، اذا انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة . فان له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

ويلاحظ ان حبس الحبس الذي تقدر للدائن المرتهن بمقتضى المادة السابقة يختلف عن الحق في الحبس الناشئ عن عقد الرهن وهذا الحق الاخير يستعمله الدائن المرتهن اتجاه الراهن ليستوفي بمقتضاه من الشيء المحبوس اقل القيمتين ما صرف فعلا وما زاد من قيمة الشيء المرهون بسبب ما صرف، فان كان ما صرف فعلا اقل من القيمة التي زادت في الشيء فانه لا يسترد الا ما صرف فعلا، اما اذا كانت المصاريف الفعلية اكثر مما زاد في قيمة الشيء فلا يسترد الا مقدار ما زاد في الشيء (1) .

اما المصاريف الكمالية، فالفقه يرى بان ليس للدائن ان يسترد شيئا منها لكن يجوز للدائن المرتهن ان ينتزعها من المنقول، بشرط ان يرد المنقول في الحالة التي كان عليها آن التسليم. هذا ومن الناحية العملية قد يصعب التمييز بين ما هو ضروري للشيء وما هو مجرد نافع له وما هو كمالي، ولذلك فان استحالة التمييز بين هذه الحالات فالقاضي له سلطة تقديرية بان يقدر ما هو ضروري وما هو نافع للشيء وما هو مجرد كمالي. وذلك وفقا لطبيعة الشيء والمحيط المستعمل فيه، وغني عن البيان ان ما هو ضروري في بعض البلدان قد يكون كمالي في البلدان الاخرى.

واشيرا تستنزل التصويضات (2) عندما تثبت قضائيا، وقد تستحق هذه التصويضات عندما يحدث الشيء ضررا للدائن المرتهن دون صدور خطأ منه كان يتلقى حيوانا مصابا بعاهة معدية فانتشر هذا المرض الى غيره من الحيوانات او الاشخاص. هذا وعند اجراء عملية الخصم على النحو الذي قدمناه فان تبقى شيء من غلة الثمار فتخصم قيمتها من اصل الدين وان كان هذا الدين لم يحصل اجله، وخرجوا عن القواعد العامة في المقاصة كما سبق شرحه. ويلاحظ ان الذين لم يحدد اجله لا يمكن استيفاؤه الا بطريقتين :

(1) السنهوري - المرجع السابق - ج 10 - ص 827 - ف 528 - تناغو - ص 381 -

شمس الدين الوكيل - ص 529 .

(2) تناغو - ص 390 .

- اما ان يستوفى عن طريق استنزاله من قيمة الثمار دون اخلال بحق
المدين في الوفاء بالدين متى شاء (م 957 مدني) .

- واما ان يطلب الدائن المرتهن من القاضي بان يحدد له ميعاد حلول
اجل الدين لكي يتمكن بعد ذلك من التنفيذ على الشيء المرهون عند حلول
هذا الاجل .

وبخلاصة القول ان الدائن المرتهن ملزم باستثمار الشيء المرهون لحساب
الراهن ولكن له ان يحتفظ بهذه الثمار لاجراء عملية خصم مصاريف المحافظة
والصيانة والاصلاح ثم مصاريف الضرورية فان تبقى شيء منها تخصم قيمتها
من اصل الدين (1) .

وما ان استثماره كان بصفته نائبا قانونيا كما ذكرنا (2) فيجب عليه تقديم
حساب مفصل عن تنفيذ نيابته لصالح الراهن .

- البند 3 : ادارة الشيء المرهون :

سبق ان قلنا ان الالتزام باستثمار الشيء المرهون يقع على عاتق الدائن
المرتهن وبالتالي عليه ان يقوم بهذا الالتزام بنفسه او بواسطة الغير تحت
اشرافه (كالتاجير مثلا) .

(1) غير انه يلاحظ بان لايس للمرتهن ان يخصم الدين المضمون بالرهن بالمدين
المرهون الذي قد يستحق قبل الدين المضمون بالرهن، ذلك لان نص المادة 980
مدني تمنع المدين بالدين المرهون من ان يفي للمرتهن وحده بل يجب عليه ان
يفي للمرتهن والراهن معا (بمعنى انه ليس له ان يخصم الدين المضمون من اصل
الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون ذاته لان ذلك يعتبر بمثابة تنفيذ
على الرهن قبل استحقاق الدين المضمون، وهذا لا يجوز)

J. DERRUPE, ENCYCLOPEDIE, DALLOZ, T.IV. Notissement n° 12

وراجع نص المادة 980 مدني جزائري .

(2) راجع ما سبق ص 82 وما بعدها في هذا البحث .

والالتزام بالاستثمار يقتضي القيام بإدارة الشيء^١ إدارة حسنة إذ عليه ان يستعمل الشيء^٢ لما اعد^٣ له، فان كان الشيء^٤ مثلاً حصاناً اعد للسباق فيمتنع على الدائن المرتهن ان يستعمله لحمل الاثقال او البضائع، وان كان المرهون سيارة اعدت لركوب الاشخاص فلا يحق له ان يستعملها لنقل الحيوانات او الاشياء، ان لا يجوز له ان يغير من طريقة استعمال الشيء^٥ او استفالته في غير ما اعد له اصلاً الا برضاء^٦ الراهن .

ونميل الى الرأي القائل بان الالتزام بالادارة ناتج عن انتقال حيازة الشيء^٧ من الراهن الى المرتهن او عن يمثله . ذلك انه لا يعقل حرمان المدين الراهن طوال مدة الرهن من الاستفادة بالشيء^٨ او من ثماره على الاقل .

وتقتضي ادارة الشيء^٩ بان يقوم المرتهن بكل ما هو مستلزم له او يبادر باخطار الراهن عن كل امر يقتضي تدخله، كحمل الحيوان المرهون مثلاً الى البيطري او استبدال الاشياء المثلية القديمة بالجديدة تجنباً من الهلاك والاتلاف وغير ذلك (2) .

هذا وتتحدد مسوؤلية الدائن المرتهن عن سوء استعمال حقه في ادارة الشيء^{١٠} بما تقرّر في القواعد العامة لقيام المسوؤلية، وعلى الراهن اثبات عناصرها . فان ثبتت فيكون الخيار بين امرين :

- فاما ان يطلب من القاضي بان يضع الشيء^{١١} تحت عهدة حارس ويكون بمثابة عدل (م 958 مدني) واما ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المرتهن الالتزام الذي على عاتقه (م 119 مدني) .

(1) ما سبق ص 80 .

(2) ما سبق ص 78 .

المطلب الثالث : التزام المرتهن بالرذ والوسيلة المتاحة للراهن في الاستبدال

البند الأول : التزام المرتهن بالرذ .

ان الطبيعة القانونية لحيارة الدائن للمرتهن للشئ المرهون هي حيازة عرضية بالنسبة لحق الملكية، ان تنتهي هذه الحالة بانتها الضرض الذي انشيء الرهن من اجله (1) ، ولذلك كان الحق العيني الذي يتولد عن عقد الرهن هو حقا تبعيةا للحق الشخصي الذي ثبت للدائن المرتهن في ذمة المدين ، فيبقى بالتالي هذا الرهن ببقاء الدين وينتهي به .

وما ان الدائن لا يحوز الا عرضيا فيكون التزامه بالرذ التزاما مقديا (2) موقوفا على شرط الوفاء بالدين الذي له على ذمة المدين . وتبرر ذمة هذا الاخير طبقا لما تقرر في القواعد العامة ، اما بالوفاء الكلي (م 959 مدني) او بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (م 285 الى 304 مدني) او بانقضاء الالتزام دون الوفاء به مواد (305 الى 322 مدني) .

وقد ينقضي الرهن دون انقضاء الالتزام المضمون كالتنازل عن الرهن (مواد 952 و 965 مدني) ، او في الاحوال التي يبطل فيها عقد الرهن لعدم توافر احد اركانه او شرط من شروط صحته كما سبق ان ذكرنا . ونحن لا نريد الكلام في هذه المواضيع في الحال ان سنرجوها الى ما سياتي (4) ، ان ما نريده هو ان الالتزام بالرذ يقع على عاتق الدائن المرتهن بمجرد ابراء ذمة الراهن لاي سبب من الاسباب التي

-
- (1) راجع ما سياتي في هذا البحث - ص 94 وما بعدها .
 - (2) ويلاحظ انه ان كان الشئ المرهون هو سند اذني ولم يكن مستحقا بعد فان عملية الرذ تكون اما بتظهير ، باسم مالكة ، واما بشطب مباشرة التظهير التاعيني الذي يحرر لصالح المرتهن من طرف المالك .
 - (3) تنص المادة 959 مدني على ما يلي " يجب على الدائن ان يرد الشئ المرهون الى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتمويضات " .
 - (4) راجع ما سياتي - صفحة 150 وما بعدها .

اشترنا اليها . ويكون محل التزامه همورد الشيء^١ وعلقاته وقت الرهن او التي الحقت به بعده (1) .

اما نفقات الرد فالاصل تكون على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك، كأن يكون الاتفاق على تحمل نفقات الرد مناصفة او على المدين " اذا كان الراهن كهيلا عينيا" متى رضي بهذا الاتفاق المدين (2) .

هذا وينبغي ان نشير بان هناك حالتان ترد على مبدأ التزام الدائن بالرد بمجرد ابراء^٢ ذمة الراهن (وليس قبله او بعده) تعتبر هاتين الحالتين استثناء عن القواعد العامة في الرد كما سنرى فيما ياتي :

- الاستثناءات التي ترد على الالتزام بالرد -

هناك عدة استثناءات ترد على الالتزام بالرد فبعضها تمجل فيه وبعضها تمسده .

1 - التجيل بالرد :

قد يكون الدائن المرتهن ملزما باخراج الشيء^٣ من حيازته عندما يصدر منه سلوكا ينتج من اثره اساءة الاستعمال او الادارة للشيء^٤، او كان قد ارتكب اهمالا جسيما في المحافظة او الصيانة . فيحق للراهن ان يطلب من القاضي ان ينتزع منه الشيء^٥ ويعين له حارس او يسترده قبل اوانه يدفع ما عليه من الدين فورا اعمالا بالمادة 958 مدني (3) .

-
- (1) راجع على سليمان - ص 580 .
(2) الا ان الاستاذ السنهوري في صفحة 832 حاشية رقم 2 يشير الى راي الاستاذان بودري ودي لون فقرة 140 اللذان يريان بان " الدائن المرتهن لا يلتزم الا برد مع الشيء^٥ المرهون ما زاد فيه زيادة طبيعية"
(3) المشروع التمهيدي للقانون المصري يقول " ونفقات الرد على الراهن الا اذا قضى الاتفاق بخير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع انه هو الدائن بالرد، لا المدين به تغليباً للمبدأ الذي يجعل الراهن هو الذي يتحمل نفقات الرهن جميعاً" اشار الى هذا المشروع السنهوري - ج 10 - ص 834 .
(4) ما سبق في البحث - ص 79

وهناك حالة اخرى اقترتها بعض التشريعات (1) تعطى للراهن حـسـق استرداد الشئ* المرهون قبل اوانه وعند ما يكون الشئ* المرهون مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمة، بشرط ان يقدم الراهن تامينا اخر يراه القاضي كافيا .

وفي تشريعنا لم نجد نصا خاصا يبيح هذا النوع من الاسترداد ذلك تقديرا من المشرع بان ما تقر في القواعد العامة يكفي بان يسد الثغرة في هذا المجال ..

حيث ان نص المادة 971 مدني تشير الى هذا الحق بقولها* اذا كان الشئ* مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمة ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شئ* اخر يقدم له

وكذلك يستفاد هذا الحكم من القواعد العامة، وبالخصوص الفقرة الثالثة من المادة 210 مدني التي تنص* اما اذا كان انقاص التامين يرجع الى سبب لا يدخل للمدين فيه فان الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا* (2) ، وفي كلا الحالتين يكون حق الخيار للمدين ، فان اختار طلب الاسترداد في الحالة الاولى والوفاء الاجل في الحالة الثانية فان الدائن المرتهن قد يلزم من القاضي التمجيل بالرد دون انتظار الميماد المتفق عليه في العقد .

(1) القانون المدني السوري - المادة 1040 .

(2) يلاحظ ان هذه الفقرة تتكلم عن حالة ما اذا وقع الهلاك او التلف فعلا لكن نحن نرى انه يمكن تطبيقه على حالة ما اذا كان الشئ* مهددا فقط بالهلاك او التلف او نقص القيمة ذلك انفس للراهن والمرتهن معا . بشرط ان يكون التهديد مدققا والضرر وشيك الوقوع وليس مجرد احتمال .

2 - الاحوال التي يتراخى فيها الالتزام بالرد :

سبق ان رأينا من انه ليس بإمكان الدائن ان يخصص المصاريف النافعة من ثمار المنقول (1) اذ ان المادة 963 مدني قد حصرت حقوق الدائن في الخصم في المصاريف الضرورية (2) التي انفقت للمحافظة على الشيء^٤، وفي التسويات الناشئة عن الاضرار وعيوب الشيء^٤، (3) ومصاريف العقْد الذي انشئ بمقتضاه الدين، وعقد الرهن، والمصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن .

- اما المصاريف النافعة فلا سبيل للدائن في استرجاعها الا باستعمال حقنه في الحبس طبقا لما تقرّر في القواعد العامة (م 200 مدني) وقلنا ان هذا الحق قد تقصّر للدائن بمقتضى القواعد التي تكفل حقوق كل الدائنين لا بمقتضى عقد الرهن ذاته .

اما المصاريف الكمالية فقد سبق ان اشرنا . ان الدائن لا يحق له ان يستعيد ما دون رضا المدين، لكن يمكن له ان ينتزع هذا الشيء الكمالي، ان كان ممثما بشرط الا يؤدي هذا الانتزاع الى الاضرار بالشيء الاصلي (1) .

اذن فاستعمال حق الحبس يعتبر بمثابة استثناء على قاعدة التزام الدائن بالرد .

وقد يحدث ان يكون للدائن دينا ثانيا في ذمة المدين، وبعد انشاء الرهن ضمانا للدين الاول ويكون الدين الثاني مستحق الاداء قبل الوفاء بالدين الاول .

(1) راجع ما سبق ص 4 وما بعدها .

(2) ما سبق ص 85

(3) ما سبق ص 86

فإذا وفى المدين بالدين الثاني قبل حلول الدين المرهون فلن تثار المسألة، أما إذا تراخى المدين بالوفاء بالدين الثاني حتى حل أجل الدين الأول فأوفى به لكي يتجنب التنفيذ على الشيء المرهون، هنا تطرح المشكلة، فيما إذا كان للدائن الحق في الاحتفاظ بالشيء المرهون بناءً على حقه في الحبس المقرر له في القواعد العامة، أو بناءً على فكرة الرهن الضمني؟

فترى بعض التشريعات ويدعمها بعض الفقهاء بجواز للدائن المرتهن حبس الشيء المرهون والامتناع عن الرد إلى أن يستوف مبلغ الدينين معاً (1) .

أما التشريع الجزائري كالتشريع المصري فإنه يقضي بعدم جواز امتداد حق الحبس إلى ديون غير الديون المضمونة بالرهن . ويدعم ذلك بعض الفقهاء بقولهم أنه ليس للدائن الحق في حبس الشيء المرهون ضماناً لدين آخر عقده المدين بعد عقد الرهن (2) .

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير وسنعلل موقفنا هذا عند الكلام على نطاق حق الحبس (3) تجنباً للتكرار .

هذا وينبغي أن نشير هنا إلى أن حق الحبس المقرر في القواعد العامة لا يعطي لصاحبه حق الامتياز في استيفاء حقه بالأفضلية ذلك ما سنراه في حينه(4).

-
- (1) محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص 228 بند 313 .
وراجع نص المادة 2/1042 سوري ونص المادة 2/2082 مدني فرنسي .
 - (2) محمد كمال مرسى - التامينات الشخصية والعينية - ط 2 - ص 421 بند 313
أشار إليه السنهوري - ج 10 - ص 832 - حاشية رقم 4 .
 - (3) راجع ما سيأتي - ص 100 حاشية رقم 103 وما بعده .
 - (4) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 528 .
وراجع ... الصفحة 101 ...

البند الثاني : كيف يسترد الراهن الشيء المرهون .

بعد ما رأينا في المطلب السابق ان للدائن المرتهن وسائل قانونية لكي يسترد الدين وملحقاته، فبعضها تستند الى نصوص خاصة كما في اليمين وملحقاته والبعض الاخر من هذه الوسائل تستند الى القواعد العامة كما في استعمال حق الحبس لكي يسترد المصاريف النافعة (1) .

بقى لنا ان نعرف ما هي الوسائل القانونية المتاحة للراهن حتى يسترد العين من يد المرتهن بمد الوفاء بالالتزام الذي عليه .

الاصل ان الالتزام بالرد يقع على الدائن المرتهن بمجرد الوفاء بالدين ومع ذلك قد يتعاض الدائن في تنفيذ هذا الالتزام، وفي هذه الحالة يكون للراهن دعويان احدهما شخصية تستمد من عقد الرهن ذاته بحيث يجوز ان يرفعها الراهن وان كان غير مالك، الا ان هذه الدعوى تسقط بفوات الميعاد وهو 15 سنة .

وله بجانب الدعوى الشخصية، الدعوى العينية، ان كان الراهن مالكا لان حيازة الدائن المرتهن ما هي الا حيازة عرضية بالنسبة لحق الملكية، ويرى الفقه الراجح (2) من ان هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن (مع مراعاة قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية) .

ان فحيازة الدائن ما هي الا حيازة عرضية مهما طال الزمن، وبهذا الصدر يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل (3) " وهي بهذه المشاهدة غير مؤدية

(1) ما سبق ص 84 وما بعدها بالخصوص - ص 85 و 86 .

(2) سمير تنافو - المرجع السابق - ص 382 الذي يشير الى ان المسألة كانت محل خلاف في الفقه الفرنسي، وراج ايضا على سليمان - ص 582 .

(3) المرجع السابق - ص 528 - مازو - ص 83 - بند 74 وما سيأتي من البحث - ص 143 .

لاكتساب الملكية بل ولا يكفي لو اضع اليد ان يفرد بتغيير سند حيازته، بمجرد انصراف نيته الى ذلك، وانما يجب للاعتداد بهذا التفسير، والتالي اعتباره سندا صالحا لاكتساب الملكية، القيام بعمل ايجابي يتضمن معنى المنازعة في حق المالك، ومن ذلك مثلا ان يتخذ الدائن اجراءات قضائية او يباشر اعمالا بقصد الاستئثار بالملكية.

هذا فان تقاعس الدائن بتنفيذ التزامه بالرد، لا يكون دائما اراديا بل قد يكون نتيجة سبب موضوعي، كاستحالة الرد، بلشيء المرهون لهلاكه او تلفه ومن هنا ينبغي البحث على من تقع عليه تبعمة الهلاك. الامر الذي اقتضى مناسبا التمييز بين ظروف مختلفة للهلاك او التلف كما سيأتي.

- فاذا وقع الهلاك او التلف بسبب اجنبي عن خطأ الدائن، وينبغي على هذا الاخير اثبات هذا السبب لكي تنتفي عنه المسؤولية ويتحمل بالتالي الراهس هذه التهمة (1)، وان نجح الدائن المرتهن في اثبات السبب الاجنبي الذي اوقع الهلاك او التلف للشيء.

- غير ان الدائن قد يكون مسوؤلا عن هلاك الشيء او تلفه على الرغم من وقوعه بالسبب الاجنبي، ذلك متى كان الدائن قد اعذر من طرف الراهن، ومسح ذلك قد تراخى عن تنفيذ التزامه بالرد دون سبب مشروع حتى حصل الهلاك للشيء، ففي هذه الحالة لا يكفي من الدائن اثبات السبب الاجنبي بل يجب عليه اثبات ان الهلاك لواقع لا محالة، وان نفذ الالتزام في وقته المناسب (2).

- وقد يتصور ان الدائن قد استحال عليه الرد نتيجة تصرفه في الشيء المرهون، ففي هذه الحالة يكون الدائن المرتهن خائن للامانة ويماقب بعقوبة هذه الجريمة (3).

(1) راجع ما سبق فيما قلناه في الموضوع ص 75 وما بعدها .
(2) - VIVANT, traité.D.C.P.364 " si la chose à été atteinte après que le créancier est tombé en demeure ou en a abusé, alors il ne suffit plus de prouver la perte fortuite, il devra prouver également que la chose aurait péri sans sa faute".

(3) د. علي سليمان - المرجع السابق - ص 581 .

وأخيراً نريد ان نضيف انه كما يكون الشيء المرهون بين وضميتين :
فاما ان ينفذ عليه ، عند عدم الوفاء بالدين ، واما ان يرد عينا في الحالة
التي كان عليها آن التسليم الى الراهن بعد استيفاء الدين .

- يكون الشيء المرهون ايضاً عند الهلاك او التلف بين وضميتين : فاما
ان يكون غير مؤمن عليه فتقع تبعة الهلاك احملاً على الدائن الا اذا نظها
الى الراهن باثبات وقوع الهلاك بالسبب الاجنبي او اثبت بان الهلاك
او التلف واقع لا محالة سواء كان الشيء تحت يده ام تحت يد الراهن .

واما ان يكون الشيء المرهون مؤمناً عليه ففي هذه الحالة ينتقل حق
الدائن المرتهن الى القيمة التعويضية بناءً على نص المادة 642 مدني واعمالاً
لفكرة الحلول الميني .

وشلاصة القول ، ان عقد الرهن كغيره من العقود الاخرى ينشأ
بتوافر شروط في اطرافه (1) وفي المال المرهون (2) والالتزام المضمون (3) ،
ويحيى ، فينتج اثاراً بين المتعاقدين (4) وعلى الغير ذلك ما سنراه في الموضوع
الاتي :

-
- (1) ما سبق في البحث ص 16 وما بعدها .
 - (2) ما سبق في البحث ص 31 وما بعدها .
 - (3) ما سبق في البحث ص 55 وما بعدها .
 - (4) ما سبق في البحث ص 63 وما بعدها .

الفصل الثاني

اثر عقد الرهن تجاه الغير (1)

بمقد ان درسنا في الفصل السابق اثار عقد الرهن بين المتعاقدين
يجدر بنا ان ندرس في هذا الفصل اثار عقد الرهن تجاه الغير، ولتحقيق
ذلك توخينا ان نتناولها في العناصر التالية :

- المبحث الاول : السلطات التي يخولها حق الرهن .
- المبحث الثاني : شروط نفاذ الرهن في حق الغير .

المبحث الاول : السلطات التي يخولها عقد الرهن .

ان عقد الرهن ينتج اثارا خلال مناسبتين مختلفتين، فالمناسبة الاولى تتمثل في
تكوين عقد الرهن وتسليم الحيازة الى المرتهن او المعدل فينشأ بهذا التسليم
حق عيني/ للمرتهن، يكون قابلا للحيازة (2) ومنه يكون له حق الحبس وحق الافضية والتتبع
وهذه الاثار لا تترتب خلال فترة وجود الرهن لا تختلف باختلاف الطبيعة القانونية
للرهن ان لا يهم ان يكون الرهن مدنيا ام تجاريا (3) .

اما المناسبة الثانية فتتمثل عند نهاية الرابطة القانونية التي انشأها عقد الرهن
بين الرهن والمرتهن والتي تكون اما بالوفاء بالالتزام المضمون بالرهن والوفاء بالالتزام
بشرد الشيء الى مالكه .

-
- (1) ويقصد بالغير هنا كل من اكتسب حقا عينيا اصليا على المنقول كالمشتري، او تيميا
كالدائن المرتهن، وكل من له حقا شخصيا على الراهن كالدائن العادي "شمس
الدين الوكيل - ص 479 والسنهوي - ج 10 - ص 841 .
 - (2) يلاحظ ان الحق العيني كما ينشؤ بمقتضى عقد الرهن وتسليم الحيازة الى المرتهن
يمكن ان يتقرر ايضا للمرتهن بمجرد واقعة الحيازة دون وجود عقد رهن صحيح متى
كان الحائز حسن النية (في المنقولات المادية) ويحتج بالتالي بالحق العيني هذا
تجاه المالك الحقيقي للمنقول .
MAZEAUD.P.81.
MARTY et RAYNAUD.P.52.
 - (3) J.HEMARD. traité théorique et pratique de droit commercial
(le contrats commerciaux- ventes et gage) Paris 1953
page 259 n° 496. حيث يقول
" sous réserve des règles de réalisation, les effets de gage
sont les mêmes en droit commercial qu'en droit civil".

واما ان تكون نهاية هذه الرابطة بعدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول
اجله فيكون بالتالي المرتهن في الخيار بين امرين :

- اما ان ينفذ على المرهون بالبيع بالمزاد العلني كقاعدة عامة .
- واما ان يطلب من المحكمة الأمر بتملك له الشيء المرهون (1) .

ونحن نحاول شرح الحالة الاولى التي تتمثل في حق الحبس وحق الافضية
والتتبع اما الحالة الثانية التي تتمثل في الوفاء بالدين والتزام المرتهن بالرد
فقد سبق ان شرحناها (2) وترجؤ الجزء الثاني من هذه الحالة الذي يتمثل
في التنفيذ على المرهون بالبيع او طلب تملكه عند عدم الوفاء بالدين المضمون
بالرهن عند حلول اجله الى حين التعرض الى الاحكام الخاصة برهن المنقول (3) .

المطلب الاول : حق الحبس .

البند الاول : خصائص حق الحبس الناتج عن عقد الرهن .

ان حق الحبس قد تقرر للدائن المرتهن بنص القانون (م 948 مدني) (4) ويتميز
هذا الحق بالخصائص الاتية :

- (1) ان كان الشيء المرهون مبلغ من النقود او دين في ذمة الغير فليس بحاجة
الى هذا الاجراء كما سترى في ص 283 عن هذا البحث .
- (2) ما سبق في البحث ص 89 وما بعدها .
- (3) ما سياتي - ص 254 وما بعدها .
- (4) تنص المادة 948 مدني على ما يلي " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص
. ان يسلم الى شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً
يشوبه حبس الشيء الى ان يستوفي الدين ، وان يتقدم الدائنين العاديين
والدائنين التاليين له في المرتبة في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا
الشيء في ان يد يكون " .

1 - ان حق الحبس يباط بالحيازة وجودا وعلما (1) وعلى ذلك فيجب على المرتهن بان يحتفظ بالحيازة لكي يحافظ على حق الحبس ولا يهيم فيما اذا كانت الحيازة تحت يد المرتهن نفسه او تحت يد وسيط. يحوز لحسابه . كما لا يهيم فيما اذا كان الرهن مدياً ام تجارياً .

ويستثنى من هذه الحالة، التخلي عن الحيازة مؤقتا في الظروف التي سمح بها القانون بالشروط التي سنوالي شرحها فيما بعد (2) .

- كما يستثنى ايضا من هذه الحالة التنازل عن الحيازة بطلب من السنديك او من جماعة الدائنين، حيث ان حق الحبس ينتقل الى ثمن المبيع (3) او الاحوال التي تضيع فيها الحيازة من يد الدائن قهرا بالهلاك او التلف حيث ينتقل حق الدائن من الشيء المرهون الى ما حل محله من حقوق (4) او غصبا او ضياعا في حدود عدم المساس بحقوق الغير حسن النية المستوفي للشروط التي سناتسي ذكرها فيما بعد (5) او بيع الشيء المرهون بصفقة رابحة بالشروط التي نصت عليها المادة 1/972 مدني حيث ينتقل حقه الى الثمن ايضا . ولنا رجعة الى الموضوع .

-
- (1) - Les MAZEAUDS. P. n° 75 - MARTYR et RAYNAUD . n° 86
السنهوري - ج 10 - ص 855 و ص 856 فقرة 602 - شمس الدين الوكيل - ص 549
تناغو - ص 386 - فقرة 146 .
- (2) ما سياتي في البحث - ص 130 الى 135 في رجوع الشيء المرهون الى الراهن والتخلي عن الحيازة للراهن بصفة مؤقتة . وما سبق الاشارة اليه في البحث - ص 11
حاشية رقم 1 .
- (3) المادة 2/293 تجارى سنعود اليها في موضوعها ، عند الكلام على التنفيذ ص 248 .
وما سياتي في هذا المطلب - ص 131 عند التمييز بين التنازل الارادي والشير الارادي عن الحيازة .
- (4) المادة 954 مدني الفقرة الثانية التي تحيل على نص المادة 900 مدني والتي تقضي بما يلي " اذا هلك العقار المرهون او تلف لاي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبه الى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر او مبلغ التامين او الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة" .
- (5) ما سياتي - ص 141 في سلب الحيازة .

2 - ان حق الحبس غير قابل للتجزئة (1) ويعني هذا المبدأ ان كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل الشيء المرهون ، وعلى ذلك فيجوز للمرتهن الاحتجاج بحق الحبس تجاه ورثة المدين والدائن معاً ، فلا يجوز لاحد من ورثة المدين الذي وفى بحصته من الدين الادعاء بحق سحب حصته من المرهون ولو كان الشيء المرهون قابلاً للانقسام . كما لا يجوز لاحد ورثة الدائن المرتهن الذي حصل الوفاء له بحقه من الدين (على سبيل الميراث) ان يرد الشيء المرهون او جزء منه الى الراهن (او الوفى) اضراراً بالدائنين الآخرين . ولو كان الدين المضمون قابلاً للتجزئة .

غير ان هذه القاعدة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على

مخالفتها (2) .

(1) السنهوري ج 10 - ص 855 ف 600 G.MARTY et RAYNAUD.P.53.N° 86

وهو نفس المبدأ الذي نص عليه المشرع بنص المادة 892 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي لكن اغفل الاحالة اليها في نص المادة 950 مدني المتعلقة بالرهن الحيازي لذلك سبق ان اقترحنا اجراء تعديل على هذه المادة باضافة رقم المادة 892 ضمن ارقام التي ذكرها في النص ، راجع ما سبق ص 11 في كون الرهن غير قابل للتجزئة .

(2) ويلاحظ ان مبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة وبالتالي عدم قابلية حق الحبس لهذه التجزئة قد يتعدى في بعض التشريعات الى ديون غير الديون المضمونة بالرهن متى نشأت للمرتهن على نفس المدين الرهن بعد ابرام عقد الرهن وكانت هذه الديون مستحقة الاداء قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن .

ذلك ما تنص عليه المادة 2/1042 مدني شهري ، والتي تقضي بما يلي " وازا وجد لنفس الدائن على نفس المدين دين اخر بعد انشاء الرهن واصبح مستحق الاداء قبل الوفاء بالدين الاول ، حق للدائن ان يحبس المرهون الى ان يستوفي مبلغ الدينين تماماً " احمد وحيد سوار - ص 228 - فقرة 313 (ايضاً نص المادة 2082/2 ف) غير ان قانوننا كالقانون المصري لم يأخذ بهذا الحل وبالتالي فلا يمكن اعمال هذه القاعدة ، وفي هذا يقول الاستاذ السنهوري - ج 10 - ص 861 فقرة 608 من انه يجب تحديد نطاق حق الحبس في الدين المضمون بالرهن دون غيره من الديون الاخرى التي تنشأ في ذمة المدين الراهن لصالح الدائن المرتهن قبل انعقاد الرهن او بعده . ونحن نميل الى هذا الرأي الذي يقضي بتحديد نطاق حق الحبس في الدين المضمون بالرهن دون غيره من الديون ، ذلك لان الحل الذي اخذ به التشريع السوري والفرنسي ينافي العدالة اذ ليس هناك ما يبرر تمديد هذا الرهن على دين غير مضمون فسي البداية وليس من العدل في شيء ان تجعل المدين المرتهن امام امر الواقع ليس له الاختيار سوى التسليم به بتقرير ضمان للمرتهن واقفي على دين غير مقرر له

3 - ان حق الحبس الناشئ عن عقد الرهن، هو حق عيني او هو احد مزايا الحق العيني، وينتج عنه حق الافضلية^{والتتبع}، وبالتالي فهو يختلف عن الحق في الحبس المقرر في القواعد العامة الذي هو عبارة عن حق شخصي يثبت للدائن متى توافرت الشروط التي استلزمها القانون (200 مدني) وليس لهذا الاخير حق الافضلية ولا حق التتبع⁽¹⁾.

4 - ان حق الحبس يتقرر للسدائن المرتهن منذ انتقال الحيازة اليه او الى المدل يحوز لصالحه ويبقى له حتى الوفاء بالدين كاملا ببقاء هذه الحيازة تحت يديه. بخلاف حق التنفيذ على الشيء المرهون لا يتقرر له الا بحلول اجل الدين المضمون بالرهن⁽²⁾.

5 - ان وعاء حق الحبس يكون عقارا او منقولا ماديا ام معنويا⁽³⁾ ما لم يكن هذا الاخير غير قابل للحيازة (4).

هذا الضمان في البداية ولم يدخل في بال الاطراف ان ابرام عقد القرض، بالاضافة الى ذلك ان تطبيق هذه القاعدة يودي الى اخلال بترتيب الامتيازات والسدى حقت للسدائين الاخرين قبل حق المرتهن في هذا الدين الثاني، دون وجه مشروع.

(1) السنهوري - ج 10 - ص 862 فقرة 611 - شمس الدين الوكيل - فقرة 202 - ص 551 الى 553 - وعبد الفتاح عبد الباقي فقرة 329 - ص 304 .

وراجع خلاف هذا الرأي الاستاذ تناغو الذي يقول " ان الحق في الحبس غير ناتج عن الحق في الرهن، ولكن مستقل عنه، والقول بغير ذلك يجعله مقيدا بحدود ماللدائن من سلطتي الافضلية والتتبع، ويجعله بالتالي عديم الفائدة ومع ان فائدة هذا الحق لا تظهر الا في الحالات التي لا يعمل فيها حق الدائن في الافضلية او التتبع وشول هذا السبب نوع من الحبس المقرر في القواعد العامة، ورغم استقلال الحبس عن الرهن فهو يعمل على تدعيمه" وبهذا المعنى الاستاذ مازو MAZEAUD n° 78

(2) السنهوري - ج 10 - ص 856 فقرة 609 .

(3) السنهوري - ج 10 - ص 806 فقرة 601 - وما سيأتي ص 189 حاشية رقم 4 .

(4) ومن المنقولات الممنوية التي تكون غير قابلة للحيازة وبالتالي لا يمكن تصور ورود حق الحبس عليها مثلا (المحل التجاري) JUGHART et IPPOLITO, traité droit commercial.T.I, n° 220 et suiv et T.III, n° 1216- 2è Al - CABRILAC.J. classur.F-B, n° 16 - MARTY et RAYNAUD.P.43, n°63-2

حاشية رقم 2 .

6- ان حق الحبس يعتبر وسيلة منحها القانون للمرتهن الحائز يواجه بها الراهن نفسه، (مدينا كان ام كهيلا عينيا) والمالك الحقيقي متى كان هذا المرتهن حسن النية عند التعاقد، ومشتري المنقول متى كان تاريخ الرهن الثابت اسبق من تاريخ البيع، والدائن المادي، والدائن الممتاز، المتأخر في المرتبة عن الدائن المرتهن، (1) بل يواجه بهذه الوسيلة حتى الدائن الممتاز السابق له في المرتبة في بعض الاحوال، متى توافرت شروطها كما سنرى فيما بعد (2) عند الكلام في التنفيذ (3).

ومن خلال هذه الخصائص يتبين لنا مدى اهمية هذا الحق بالنسبة للدائن المرتهن ومقتضاه يتمكن من الحصول على استيفاء حقه كاملا كان يحصل على المصاريف النافعة التي ليس للدائن عليها حق الامتياز (غير ان للدائن في هذه الحالة ان يستعمل حق الحبس المقرر له في القواعد العامة (200 مدني) ومن ثمة فانه لا يستوفي حقه من الشيء المحبوس الا اقل القيمتين بعد المقارنة بين ما صرف فعلا وما زاد من قيمة الشيء المرهون بسبب ما صرف كما سبق شرحه .

(1) السنهوري - ج 10 - ص 856 - فقرة 603 و 604 .

(2) هذه الاحوال نصت عليها المادة 293 تجاري والتي تقضي بما يلي " يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا " وسنرى ان القضاء الفرنسي يفضل حق الدائن المرتهن حتى على حق الخزينة - نقض 1958/6/27 ص 105 - حاشية رقم 1 - غير انه يلاحظ ان مسألة احتجاج الدائن المرتهن بحقه في الحبس في مواجهة الدائنين المزودين بامتيازات مفضلة على الامتياز الذي منحه القانون اياه، كانت محل خلاف بين الفقهاء .

فالبعض يرى بان حق الحبس مستقل عن الرهن وبالتالي يحق للمرتهن ان يحتج به تجاه الكافة . les MAZEAUD. n° 78 . اما البعض الاخر فيرى من انه يجب التمييز بينهما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية ام انه سي * النية، لان فسي السالات التي يتلقى فيها حقه بمقتضى العقد (وليس بمقتضى الواقعة) فانه يكون خلفا خاصا للمتعاقد معه . ويقول هذا الرأي ايضا انه لا يجوز ان يمس حق المرتهن في الحبس الحقوق الواردة على الشيء * والتي تم حفظها قانونا . تناهوا - ص 387 ف 142 .

(3) ما سيأتي في ص 110 التي سميناها بالوضع غير العادية . / .

وكما رأينا انه بمقتضى حق الحبس هذا قد اوجب المشرع بنص المادة 2/956 مدني، على المرتهن بان يستثمر الشيء¹ استثمارا كاملا فيما اعد له، وتكون صفته في هذا الاستثمار، في رايء، باعتباره نائبا قانونيا عن الراهن (1) على ان لا ينتفع بالشيء² بدون مقابل ولو برضا المدين وان يقتطع الثمار من اصل الدين وملحقاته (م 3/956 مدني) .

البند الثاني : نطاق حق الحبس الناتج عن الرهن :

وما انما ذكرنا في الخبيصة الاولى بان حق الحبس ينافى بالحيازة وجودا وعدما، وينبغي علينا الوقوف عند هذه الخبيصة لتوضيح نطاقها لما تثيره من مشاكل استوقفت الفقه والقضاء طويلا، وهذه المشاكل قد عولجت بالنظر الى الظروف التي تخلى المرتهن فيها عن الحيازة فيما اذا كانت ارادية ام انها مفروضة عليه .

ولكي يتيسر لنا دراسة الموضوع نورد بعض المسائل المتمثلة في الصور الاتية :

- 1 - قد يحدث ان يريد المرتهن استيفاء حقه عن طريق التنفيذ على الشيء³ المرهون لان المدين لم يوف بدينه في الاجال المحددة له فيتخلى عن الحيازة للبائع بالمزاد .
- 2 - وقد يجرى الدائنون العاديون او الممتازون (متأخرون او متقدمون عن المرتهن في المرتبة) الحجز على الشيء⁴ المرهون . ويجرى بيعه (بعد الحجز) في المزاد العلني، من غير ان يمترض المرتهن بحقه في الحبس تجاههم .
- 3 - وقد يسلم المرتهن الشيء⁵ المرهون الى الصانع ليجرى اصلاحات ضرورية او تاقمة او كمالية عليه .

ففي هذه الاحوال كلها يتنازل المرتهن عن الحيازة بارادته، فيثار بالتالي السؤال عما اذا كان حقه في الحبس ينتقل الى الثمن في الحالة الاولى والثانية

(1) ما سبق ص 81 وما بعدها .

(بعد البيع) ويكون له عليه حق الافضلية في التشريع الجزائي ؟ وعما اذا كان للدائن المرتهن حق الافضلية في الحالة الثالثة على الحائز الحقيقي الذي اجري الاصلاح على الشيء ، وقبل ان نتطرق الى ما هو مقرر في تشريحتنا يجدر بنا ان نلقي نظرة حول ما هو معمول به في القضاء الفرنسي ، لكي نتضح لنا الصورة بشكل اوضح .

أ) موقف القضاء الفرنسي :

ان القضاء الفرنسي قد اصدر عدة احكام حديثة ، كان موقفه مترددا حول نطاق الامتياز الذي يعطيه للمرتهن ، فقد قضى في حكم صادر عن محكمة النقض ، الغرفة التجارية بتاريخ 15 جنفي 1957 على ان المرتهن الذي باشر التنفيذ بنفسه على الشيء المرهون يعتبر انه متنازل عن حقه في الحبس والتالي يذخعه رهنه لما ثبت له من مرتبة في الاصل (1) ، ومعنى هذا الحكم انه يحصر امتياز المرتهن فقط في الاحوال التي يكون فيها مرغما في التنفيذ على المرهون بالبيع . اما الحالة التي يكون فيها المرتهن مختارا لاجراء التنفيذ على المرهون بالبيع فانه يتحمل نتائجها بتنازله عن حق الحبس وقد يضطدم مع الدائنين الممتازين قبله فلن يحصل على شيء من ثمن المرهون .

- Cass.com - 15 Janvier 1957, semaine juridique 1957 - II - 10006 et note, j. Becqué. (1)

ومن حيثيات هذا الحكم ما معناه :

" وحيث ان المرتهن قد باشر بنفسه التنفيذ ببيع الشاحنة المرهونة لا يمكن لسه الادعاء بحق الحبس ، ولم يبق له سوى تسوية النزاع حسب القواعد التي تنظم الامتياز بين الدائنين ذوي الحقوق الممتازة " *Attendu qu'en poursuivant elle même la vente du camion ne pouvait plus se prevoloir du droit de retention...* وهذا المعنى يقول الاستاذ نصره مثلا حيدر ، طرق التنفيذ الجبري واجراءات التوزيع ، سنة 1966 ، دمشق ، ص 308 فقرة 283 حيث يقول " اما اذا كان الحابس هو الذي طلب التنفيذ على المال فمعنى ذلك انه تنازل عن حقه في الحبس لانه لا يستطيع ان يمتنع عن تسليم المال الى الراسي عليه المزايا فيستوفي في هذه الدالة حقه من الثمن شانه في ذلك شان باقي الدائنين العاديين (اي قسمة الثرما) لان الحق في الحبس لا يثبت حق الامتياز للحابس على الشيء المحبوس .

غير ان موقف القضاء الفرنسي هذا لم يكن مستقرا ان صدر عن محكمة النقض، (الشرفة المدنية) بتاريخ 1958/6/27، حكما اخر يقضي بتوسيع نطاق امتياز المرتهن بحيث يشمل حتى الاوضاع التي يكون فيها المرتهن، وقد تنازل عن حق الحبس بارادته (1).

وعليه فان هذا الحكم قد جعل المرتهن في وضع ممتاز حيث انه سيحصل بالامتياز على دينه من الثمن، وفي كل الحالات الثلاث التي سبق ذكرها . ولا يهم فيما اذا كان التنازل عن حق الحبس اراديا ام غير ارادي، الامر الذي دعا بعض الفقهاء في فرنسا (2) الى انتقاد موقف القضاء هذا . الذي يمدد

cass, civ, 2è, 27/6/1958, semaine juridique 1958- II -10819 (1) et 10901 et note Becqué, R.T.D.Com 1958 P. 848 n°39 Observation R.Houin, P, 820 et suit. R.T.D.Com 1959. P. 146. n°16 Observation, Hemard. P. 136 et suit.
GAZ - Pal 1958 - 2 - 309.

وتتلخص وقائع هذا الحكم في ان شركة تسمى Société Financier Automobiles قد قدمت مبلغا من النقود الى شخص يسمى FRECHET على سبيل القرض، بقصد شراء هذا الاخير دراجة نارية، ولضمان هذا المبلغ المقرض، أجرى الرهن على الدراجة المشتراة لصالح الشركة (وقد أجرى الرهن في اشكال مقررة بمرسوم صادر في 30 ديسمبر 1953 من التشريع الفرنسي، بمعنى انه رهن دون انتقال الحيازة) وقد حدث ان اعلن افلاس السيد FRICHET بعد اجراء الرهن، فحجز مشغل الخزينة على الدراجة المرهونة وباعها بالمزاد العلني بقصد تحصيل الدين الضريبي الذي على FRICHET، فرفعت الشركة المرتهنة دعواها ضد الخزينة امام محكمة GRONOBLE بتاريخ 1956/10/20، فقضت هذه لصالح الخزينة وطعننت الشركة في الحكم امام محكمة النقض وقضت هذه الاخيرة بتاريخ 58/6/27 لصالح الشركة (المرتهنة) ومن مبررات حكم هذه المحكمة ما يلي: " وحيث لا يتقرر الامتياز بمعنى الكلمة الا بوجود نص قانوني صريح بذلك وان الاعتراف للمرتهن بالافضلية كان نتيجة مباشرة وضرورية ولازمة لدقه العملي الناتج عن الرهن والذي بصفته هذه يتجنب المزاومة. " Attendu qu'il n'y a de privileges, au sens propre de terme que ceux qui sont accordés par une disposition expresse de la loi, que la préférence reconnue au gagiste, lequel à ce titre échappe a la loi du concourir".

- Les MAZEAUD. P. 228

(2)

امتياز المرتهن على حساب الدائنين الممتازين قبله من دون مبرر . ولم يستمر
زمنًا طويلًا موقف القضاء الفرنسي هذا حتى صار التراجع بشكل مذهل، وصدرت
من محكمة النقض عدة احكام تضيق من نطاق امتياز المرتهن تدريجيًا . حيث
قضت بتاريخ 11/04/1962 بان التنازل الارادي عن الحيازة يمتهر بمثابسة
التنازل عن الحق في الحبس (1) كما قضت بتاريخ 10/10/1962 (2) بان
الحجز على مال المدين لدى الثير الذي يجريه المودع على المنقول يمس
يديه (3) يفقد هذا المودع حقه في الحبس . ثم تتالت احكام محكمة النقض بمرور
ذلك في هذا الاتجاه حيث فضلت (4) حق المرابي GARAGISTE (5) الدائنين
بمصاريف صيانة الشيء على حق الدائن المرتهن ، ذلك بحجة ان صاحب
المستودع قد حاز الشيء الذي انتقل اليه بسبب الاصلاح ، واقعيا وهذه الحيازة
يصح الاحتجاج بها تجاه الكافة بما فيهم الدائن المرتهن الذي فقد الحيازة بتسليمها
الى المرابي GARAGISTE وبالتالي يفقد معها حق الحبس المترتب عنها ويناط بها وجودا
وعدا كما ذكرنا . كما يفقد حق الافضلية على الثمن بفقده حق الحبس .

-
- (1) - Cass, Civ.11 Avril 1962, Bull -Civ 1962 - 1, n° 211 page 287.
 - (2) - Cass.Civ 1è .10.10.1962.J.C.P. 1962.Ed.G.II- 12926.
Note signé J.A. ومضمونه هو :
" Le saisie arrêt du depositaire entre ses propre mains
Pert du droit de retention"
 - (3) يسمى هذا النوع من الحجز : الحجز تحت يد النفس - (saisie arrêt sur soi-même).
راجع الاستاذ الحسنين ، طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية
الجائر - ط. 1982 - ص 124 وما بعدها - وراجع ايضا مثلا حيدر - المرجع السابق
ص 514 - بند 476 .
 - (4) - Civ.1è CH.13.11.1962.Semaine juridique 1963.II.12976.
- Cass.Civ.Com.10.07.1968.D.1969.114.
- Cass. .11.6.1969.D.1970.244 et note Biho
 - (5) يعني صاحب مرآب .

وهكذا نرى ان الدائن المرتهن يفقد حق الحبس والتالي حق الافضلية
كلما تنازل عن الحيازة بارادته كان يباشر التنفيذ على الرهن بالبيع بنفسه
كما في المثال الاول او يسلم الشيء لغيره بان يباع في المزاد العلني دون اعتراض
منه او يسلمه لاجراء الاصلاحات عليه كما في المثال الثاني والثالث. هذا هو
الوضع المعمول به لدى القضاء الفرنسي .

ب) موقف التشريع الجزائري :

اما الوضع عندنا فقد يثير اشكالا اذ فبينما يقضي نص المادة 962 مدني (1)
على ان حق الحبس المقرر للدائن المرتهن يحتج به على الكافة دون اخلال بما
للغير من الحقوق التي/حفظها وفقا للقانون، ونص المادة 948 مدني التي يتحدد
بمقتضاها نطاق حقه في الحبس في حدود الدائنين العاديين والدائنين الممتازين
التاليين له في المرتبة دون ان يتمدى حقه الدائنين الاخرين (2). فيصان نص
المادة 293/3 تجاري يقضي بتقديم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر
صاحب امتياز اولا (3) .

فيثار السؤال في كيفية توفيق بين النص الذي يقضي بعدم جواز الاحتجاج
بحق الحبس تجاه الاشخاص الذين قد اكتسبوا حقوقا على الشيء المرهون تم حفظها
بنص لقانون ذلك كالاحتجاج ضد المشتري الذي كان تاريخ شرائه اسبق من تاريخ
ثبوت حق المرتهن على المرهون (م 648 و 962 مدني) .

-
- (1) تنص المادة 962 مدني بما يلي " يخول الرهن الدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون على الناس كافة، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون" ويلاحظ ان هذا النص قد استعمل عبارة " الناس" مع انها لا تصدق هذه العبارة الا على الافراد العاديين دون الاشخاص المعنوية .
 - (2) السنهوري - ج 10 - ص 858 فقرة 604 و فقرة 599 و 603 . شمس الدين الوكيل ص 550 .
 - (3) ولا يقال ان نص المادة 293 تجاري ينطبق فقط على التجار او الرهون التجارية لان هذا النص وان ورد في القانون التجاري الا انه ينطبق ايضا على اشخاص غير التجار وعلى ديون غير تجارية، طالما انه ورد في باب الافلاس والتسوية القضائية . م 215 و 216 تجاري .

والنص الذي يمنح مكنة مطلقة للمرتهن (م 293/3 تجارى) بان يحتج
بالأفضلية على الثمن تجاه كافة الأشخاص ممتازين ام لا (1)؟

والواقع انه ليس هناك تعارض بين النصين . انما نص المادتين 962 و948 مدني
ينظمان حالة الراهن في الاوضاع العادية دون الاوضاع الغير العادية . ويكون
الراهن (مدينا ام كميلا عينيا) في اوضاع عادية عندما يكون في حالة افلاس
او تسوية قضائية (م 215 تجارى) كما سنرى .

- ففي الاوضاع العادية للراهن : يكون المرتهن فيها حرا في اختيار المناسبة
لاجراء التنفيذ على الشيء المرهون بالبيع في المزاد العلني او يطلب من
القاضي بان يامر بتملكه المرهون ولن يرغم بان يتنازل عن حقه في الحبس
من طرف اي دائن اخر المتأخر عنه في المرتبة او مكتسب الحق على المرهون
بعد رهنه ، كالمشترى مثلا ، حتى يستوفي حقه كاملا . وله ان يحتفظ بالشيء
مهما طال الزمن . حتى يستوفي هذا الحق كما سبق الذكر .

وناءً على ذلك فان اي تصرف يجريه الراهن على المنقول المرهون واي
حجز تنفيذي يمارسه اي دائن اخر غير الحابس ، فلن يسرى على

(1) تنص المادة 293 تجارى على ما يلي : " - لو كبل التفلسة باذن من القاضي
المنتدب وبعد تسديد الدين ان يسحب الضمان الصادر من المدين لصالح جماعة
الدائنين .

- واذا لم يسحب الضمان ، فعلى الدائن المنذر من طرف وكيل التفلسة ان يقوم
بالبيع في الاجل المحدد وعند عدمه جاز لو كبل التفلسة ان يقوم عوضا عنه
بالبيع بعد الاذن له بذلك من القاضي المنتدب .

- يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا " .
ويلاحظ ان النص قد اقتبس نصا هروحا من نص المادة 83 تجارى فرنسي
الواردة في القانون الصادر بتاريخ 13/07/1957 .

المرتهن (الا اذا كان هذا التصرف او الحجز قد اجريا قبل اكتساب المرتهن حقه على المرهون) وله ان يحبس المدين تجاهه هو^{٥٤} حتى يستوفي حقه كاملا (1) .

ولما كان المرتهن حرا في اختيار المناسبة لاجراء التنفيذ على المرهون ولن يرغم من طرف الراهن او الحاجز المتأخر عنه في المرتبة بالتنازل او التخلي عن الحيازة مباشرة التنفيذ على المرهون بالبيع او بتسليم الشيء^{٥٥} للحاجز بان يبيعه بالمزاد العلني . وطالما انه لن يرغم على ذلك فان تنازل عن الحيازة يفقد معها حق الحبس وبالتالي حق الافضلية ولن ياخذ رهينه الا المرتبة التي كانت له في الاصل (بمعنى قد يزاحم من ذوي حقوق على المرهون ممتازة عليه . ولن يحصل على حقه الا بعد استيفاء هذه الحقوق الممتازة) .

(1) السنهوري - ج 1 فقرة 599 و 603 . شمس الدين الوكيل - ص 550 .
وراجع خلاف هذا الرأي الاستاذ نصره مثلا حيدر، المرجع السابق - ص 308 -
فقرة 284 . الذي يرى بان المرتهن يحتج بحقه في الحبس تجاه الكافة
مهما كانت صفة الدائن ، قائلا ما يلي :

” يمكن لاي دائن اخر غير الدائس استعمال حقه بطلب بيع المال المحبوس لان حق الحبس لا يمنع طلب البيع من قبل دائن اخر غير الدائس ، ويبقى حق الحبس قائما (رغم تصرفات هو^{٥٤}) في مواجهة من رسا عليه المزاد مهما كانت صفته حتى يستوفي حقه كاملا ولو قلنا العكس اي عدم استيفاء الدائس حقه كاملا لكان معناه فقدان الحبس لاهميته اذا كان اي دائن لمالك المال يستطيع التنفيذ عليه بالبيع الجبري ”

وبناء على هذا الرأي فان كان المرسي عليه المزاد هو المرتهن الاول نفسه (وهذا جائز كما اشرنا ص 258) والدائس هو المرتهن الثاني فان هذا الاخير يحتج بحقه في الحبس تجاه المرتهن الاول رغم ان حق هذا الاخير قد تم حفظه بحكم القانون .

وعليه ان الاحكام التي يخضع اليها رهمن المنقول الحيازي في الاحوال المادية للمدين (غير الافلاس او التسوية القضائية) هي تلك التي تنص عليها المواد 948 و 962 مدني المتعلقة بتحديد نطاق امتياز المرتهن ومرتبته .
والمواد 961 و 952 مدني تستلزم تسلّم الحيازة والا حتفاظ بها للاحتجاج بالحبس تجاه الغير .

اما في الاوضاع غير العادية للمدين . فقد قدر المشرع الموقف ووازن بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة جماعة الدائنين في حالة افلاس المدين او التسوية القضائية . فاتخذ موقفا خاصا بحيث اعطى لوكيل التفلسفة مكنة لاسترجاع الشيء المرهون بعد تخليصه من المرتهن كما اعطى له مكنة ارغام الدائن المرتهن بان يبيع الشيء المرهون او يقوم هو مكانه بالبيع (م 293 تجاري) ، وحتى لا يتضرر المرتهن من هذه المكنة التي اعطاها لوكيل التفلسفة حافظ على حقوقه بالرغم من التخلي عن حيازة الشيء مرغما عنه . فضله في استيفاء حقه من ثمن البيع قبل اي دائن اخر صاحب امتياز ام لا . (م 3/293 تجاري) .

اذن ان نص المادة 293 تجاري يعتبر نفا خاصا استثناء لا يطبق الا عندما يرغم المرتهن بان يتنازل عن الحيازة لصالح جماعة الدائنين من طرف وكيل التفلسفة .

ذلك وان كان المشرع لم يريد ان يكون استعمال حق الحبس من المرتهن عائقا لاجراء التفلسفة او التسوية القضائية ففي نفس الوقت فانه لم يريد ان يضحى بحق المرتهن في الحبس، فالزمه بان يتنازل عن الحيازة بالتنفيذ على المرهون بالبيع، لكن في نفس الوقت، قد احتفظ له بحق الافضلية على الثمن كما قلنا ، يتقدم بها قبل اي دائن اخر ولو كان امتيازه اسبق من امتياز المرتهن في المرتبة .

وهذا تتمكن من التوفيق بين الاوضاع التي تعالجها المواد 648 و 962 مدني والاضاع التي تعالج بنص المادة 293 تجارى .

غير ان المادة 3/293 تجارى هذه تشير مشكلا اخر وهو كيف نوفق بين الامتياز المطلق الذى تقرر لصالح الدائن المرتهن في الفقرة الثانية منها (2) وبين الامتياز الذى تقرر بمصاريف المحافظة والصيانة بنص المادتين 956 و 992 مدني . حيث فضل المشرع هذه المصاريف وجعلها في الدرجة الاولى ؟

ولعدم وجود النص لحسم هذا (التعارض فلا حيلة لنا الا الرجوع الى البيئة التي نشأ فيها نص المادة 293 تجارى . وهي بيئة فرنسية كما اشرنا ، لانها مقبسة من قانون 1967/7/13 المادة 83 منه .

فقد سبق ان اشرنا بان القضاء الفرنسي قد ادخل بمض القيود على نص المادة 83 من قانون 1967/7/13 حتى حصر الامتياز الذى تقرر بنص المادة المذكورة للمرتهن ، في بعض الديون دون الديون الاخرى . وقد سبق ان قضى في اول الامر بتمييز بين التنازل الارادى عن الحيازة والتنازل غير الارادى فحصر الامتياز في النهاية في الاوضاع التي يتم فيها التنازل عن الحيازة جبراً . حيث قضى القضاء الفرنسي بان الامتياز الذى تقرر بنص المادة 83 فرنسي لا يعني الا حالة البيع الجبرى المفروض على المرتهن من طرف وكيل التفلسة (1) .

(1) ما سبق ص 103 وما بعدها فيما يخص نطاق حق الحبس Cass.com.15/1/57. semaine juridique 1957. cass.Civ.11/4/1962. Bull Civ 1962.1,n°211 page 287.

الذى اشير اليه في - ص 106 حاشية رقم 1 ، كذلك الحكم الصادر بتاريخ 1962/10/10 عن محكمة النقض . وراجع الحكم الصادر بتاريخ 1962/11/13 و 1968/7/10 و 1969/6/11 المشار اليهم في ص 106 من هذا البحث .
(2) تنص الفقرة الثالثة من نص المادة 293 تجارى بما يلي " يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا " .

بل وحتى في هذه الحالة فقد ربط الامتياز بمن كان لديه حق الحبس وانتزع منه جبرا لذلك فقد استبعد (من تطبيق نص المادة 83) المحل التجاري لانه غير قابل للحيازة وبالتالي غير قابل للحبس (1) .

وحتى لو وجد للدائن المرتهن حق الحبس فان امتياز يتخلف عن حق الدائن بالنفقات المحافظة والصيانة التي انفتحت بعد انشاء عقد الرهن ولو تمسك بنص المادة 83 من قانون 1967 (2) وقد قضى القضاء الفرنسي اخيرا بان الدائن بهذه المصاريف يحتج بها في حالة الافلاس والتسوية القضائية، تجاه جماعة الدائنين وان لم يتم اشهار هذه النفقات وذلك لان اجراءات الاشهار غير مرتبطة بهذا الامتياز (3) ، هذا الحكم منطقي جيدا في نظرنا اذ لولا هذه المصاريف لما بقي شي للدائن المرتهن او الجماعة من الدائنين ينفذ عليه .

والغريب ان نجد ان امتياز الدائن المرتهن المقرر له بنص المادة 83 من القانون المذكور (اى القانون الصادر بتاريخ 13/7/1967) قد اخذ اتجاهها معاكسا تماما بحيث يتقلص الى ابعد الحدود . فبخلاف اتجاه القضاء في الاحكام السابقة الذكر (4) . التي بمقتضاها اعطت للدائن المرتهن حق الامتياز لا حدود له يحتج به حتى على امتياز الخزينة .

(1) - Juglart et IPPOLITO, traité droit commercial. T.I n° 220 et suit et T.III n° 1216 èè.
- cass. com. 1/12/1980. J.C.P. 1980 n° 9, Bull.cass.IV.P.69.

هذا الحكم يتعلق بنزاع وقع بين الخزينة والدائن المرتهن للمحل التجاري، فقضت محكمة النقض لصالح الخزينة .

(2) - Cass.com. 4/2/1980 (Société Fiat France) J.C.P 1980, n° 15/16 Bull.Cass.IV.P.156.

(3) - Cass.com. 17/2/1981. J.C.P. 1981, n° 19, Bull.Cass.IV.P.159

هذا الحكم صدر في قضية متعلقة بنزاع بين الدائن بنفقات الصيانة ووكيل التفلسة وتصفية اموال السيد
YVES GUILLOT

(4) ما سبق - ص 105 حاشية رقم 1. 27/6/58. Civ 2è.

فان القضاء الفرنسي قد قضى اخيرا (1) بان الامتياز الذي اعطي للدائن المرتهن بمقتضى نص المادة 83 من قانون 1967، لا يحتج به ضد اجرة العمال وحقوق الخزينة، وبوكد في حكمه على انه لا يهيم فيما اذا كان للدائن المرتهن حق الحبس ام لا .

وعلى ضوء هذا الموقف الذي انتهى اليه القضاء الفرنسي، وللذي يمكن الاستعانة به وتبني هذه المفاهيم لتحديد نطاق الامتياز الذي اعطي للدائن المرتهن بنص المادة 3/293 تجارى . ذلك لان النص (كما ذكرنا) قد اقتبس حرفيا من القانون الفرنسي الصادر سنة 1967، وهو يعقّب مصدرا تاريخيا لنص المادة 293 تجارى، وعملا تحضيريا له (ان صح التعبير، للقانون التجارى الجزائرى) فيجب بالتالي الاستئناس بهذا المصدر وما يحدث في هذا البلد، وفي كل نزاع يعرض في الموضوع .

وخلاصة القول انه لكي يحافظ المرتهن على حقه ويحصل عليه بصفة اكيّدة يجب ان يحافظ على الحيّزة ليقبى له حق الحبس . ولا يهيم الحجز الذي قد يوقعه المدين المادى او الممتاز التالي له في المرتبة، على الشيء المرهون، وسيع هو له لهذا الشيء، لان هذه التصرفات لا تسرى تجاهه طالما انه محافظا على الحيّزة وله ان يحبس الشيء تجاه هو، حتى يستوفي حقه كاملا .

(1) - Cass.com. 5/5/1980 (Cass.Nationale des marchés de l'état) J.C.P. 1980, n° 29- 30, Bull.Cass.IV.P.271.

ونظرا لاعمية هذا الحكم ننقل منه ما يلي :

un cour d'appel a retenu a son droit que l'article 83 alinia de la loi du 13 juillet 1967 qui dispose que le privilège du créancier gagiste prime toute autre créance privilégiée ou non ne deroge pas aux dispositions spéciales des articles 190 et suivants du code des marchés publics selon lesquelles le privilège du créancier nanti sur marché des travaux publics ne peut s'exercer, en cas d'opposition valable que sous réserve des privilèges énumérés a l'article 193 de ce code et plus spécialement du privilège des salaires en cas de faillite ou de règlement judiciaire.... et des privilèges conférés au trésor public par la loi en vigueur, peu important que le créancier nanti bénéficie ou non d'un droit de rétention.

اما اذا ارغم من طرف وكيل التفلسة فان حقه ينتقل الى الثمن بالافضلية وذلك ما سنراه في الموضوع الذي يلي .

المطلب الثاني : الافضلية والتتبع .

أ) حق الافضلية .

لقد تقرر حق الافضلية والتقدم للمرتهن بمقتضى نص المادة 948 مدني حيث تقضي بأن للدائن المرتهن حق عيني ناشي^١ عن عقد الرهن يمكنه من حبس الشيء المرهون تحت يديه او المعدل الذي يحوز لحسابه حتى يستوفي دينه كاملا . وفي حالة بيع الشيء بالمزاد العلني يكون له حق التقدم والافضلية على ثمن المبيع .

واذا هلك او تلف الشيء^٢، وكان هذا الهلاك او التلف محلا للتعميـض او التامين فيكون للمرتهن افضلية على القيمة المالية التي احلت محل الشيء المرهون (1) .

وتحدد مرتبته في الافضلية من تاريخ العقد بالنسبة للمنقول المادي او التاريخ الثابت للاعلان او القبول بالنسبة للديون (2) .

هذا وينضمن وعاء الافضلية اصل الدين وملحقاته وهي تشمل المصروفات الضرورية التي اقتضتها المحافظة على الشيء^٣ التي لولاها لارى بالشيء^٤ الهلاك او التلف، وتلحق بهذه المصاريف تلك التي انفقت في اصلاح الشيء^٥ ثم تلك التي استلزمها الشيء^٦ او ادارته او الحصول على حقوق لاحقه به (3) كذلك ما ترتب على الشيء^٧ من الضرائب (4) .

-
- (1) السنهوري - ج 10 - فقرة 592 - ص 848 - تناغو - ص 390 .
 - (2) ما سيأتي ص 177 وما بعدها و ص 194 وما بعدها في هذا البحث .
 - (3) ما سبق : ص 84 و 85 .
 - (4) سوار : المرجع السابق - ص 220 فقرة 303 - محمد كمال مرسي - فقرة 312 - ص 419 اشار اليه الاستاذ السنهوري ج 10 - ص 828 .

2 - التمويضات الناشئة عن عيوب الشيء * والمصرفات التي انفتحت لابرار التصرف القانوني (من ابرام عقد الدين وعقد الرهن) وتنفيذه كمصرفات نقل حيازة الشيء * المرهون ، وحتى الفوائد التي يبيع الشيء * بالمزاد في الاحوال التي يقربها القانون (1) .

اما المصرفات النافعة (2) فقد سبق ان قلنا انه ليس للدائن المرتهن عليها حق الامتياز ، اما يمكن استردادها باعمال حق الحبس الذي لديه والمقرر له في القواعد العامة (م 200 مدني) .

اما المصاريف الكمالية فانه ليس للدائن المرتهن حق استردادها اللهم الا اذا انتزعتها من المنقول بشرط ان لا يؤثر على قيمة المنقول التي كانت له في حالته الاولى .

(ب) حق التبضع :

ان حق التبضع كان نتيجة للحق العيني الناشئ * عن عقد الرهن ، وقد نص عليه صراحة بنص المادة 648 مدني التي تنص بان للدائن المرتهن حق اقتضاء * حقه من ثمن الشيء * المرهون ولو انتقل هذا الشيء * الى شخص آخر * وبذلك يكون للمرتهن الذي ضاع منه المنقول حق المطالبة باسترداده في اي يد كان بواسطة حجز الاستحقاق (3)

Saisie de Revendication

-
- (1) شمس الدين الوكيل - ص 842 . تناغوص 390 .
 - (2) ما سبق ص 85 .
 - (3) نصره منلا حيدر ، طرق التنفيذ الجبري - ص 385 .
- MAZEAUD.P.89, n° 80" Le créancier gagiste a le droit de reprendre la chose engagée dont il a involontairement perdu la détention, au moyen de la vindication pignoris ou de la saisie revendication".

غير ان هذا الحق في الاسترداد قد يتعطل اذا تصرف الراهن بالمنقول الى الغير وكان هذا الاخير حسن النية آن التصرف، اعمالا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ما عدا حالة الضياع او السرقة، بل وحتى في هذه الاحوال فان حدث ان تلقى الحائز المنقول في سوق عامة وممن يتاجر في مثله يمكن له ان يطالب استرداد ثمنه (1) .

ومن هنا نرى ان حق التتبع ملازم لحق الحبس بل هو نتيجة له . وحق الحبس ملازم للحيازة . فان فقدت هذه الاخيرة تهدم الكل ولن يبق له لا حق الحبس ولا حق التتبع نتيجة لذلك .

وصفوة القول ان المقدم اثار تنتج عنه، بعضها تنصب على عاتق اطراف المقدم والبعض الاخر ينصب على الغير وفي الاثار التي تنتج من عقد الرهن تجاه الغير حق الحبس وحق الأفضلية والتتبع . ونظرا من ان هذه الاثار تدور وجودا وعدما بالحيازة، لكي ينفذ عقد الرهن تجاه الغير ويحتج به ، فضلنا ان نخصص موضوعا خاصا لدراسة موضوع الحيازة ومعناها ، وتكييفها القانوني وشروطها وما الى ذلك من المشاكل التي تثيرها، ذلك في الموضوع الذي يلي :

المبحث الثاني : شروط نفاذ عقد الرهن تجاه الغير .

تمهيد :

سنوالي شرح الحيازة في هذا المبحث باعتباره شرطا عاما في كل انواع الرهون الواردة على المنقول سواء كان المال ماديا ام معنويا وسواء كانت طبيعة الرهن مدنية ام تجارية . ونرجو الشروط الاخرى عند الكلام عن الاحكام الخاصة التي يتميز بها كل نوع من هذه الرهون .

(1) سمير تناغو - ص 393 .

ولقد توخينا دراسة موضوع الحيازة باسهاب، نظرا لاهميتها وشموليتها
على النحو الاتي :

المطلب الاول : في معنى الحيازة، وتناول فيه النقاط التالية :
- التكييف القانوني لها - ثم تعريفها - اساسها والحكمة من تقريرها - واخيرا
دورها في الرهن .

المطلب الثاني : في شروطها .
المطلب الثالث : في رجوعها الى الرهن .
المطلب الرابع : في التعريف بالحائز .

المطلب الاول : الحيازة .

سندرس تحت هذا المطلب التكييف القانوني للحيازة، وتعريفها، واساسها والحكمة
من تقريرها، واخيرا دورها في الرهن .

البند الاول : التكييف القانوني للحيازة :

ان مسألة التكييف القانوني للحيازة قد عولجت في دراسة القواعد العامة
التي تحكمها، ونظرا ان الاشارة الى بعض الافكار التي قيلت بصدد تكييفها، قد
تفيدنا لفهم وضع حيازة الدائن المرتهن او المعدل كما تفيدنا في تفسير بعض
الاضاع الاخرى في البحث كالتزام الدائن المرتهن بالرد . فضلنا اقتضاد، بعضا
من هذه الافكار ذلك بقدر ما يهمننا في الموضوع . فيما يلي :

ان موضوع تكييف القانوني للحيازة كان محل خلاف بين الفقهاء، ان فبينما
ياخذ البعض بالنظرية الذاتية . يذهب البعض الاخر الى الاخذ بالنظرية الموضوعية (1) .

(1) ترجع النظرية الذاتية الى الاستاذ سافيني، اما النظرية الموضوعية فترجع الى الاستاذ
اهرنج . - علي سليمان - المرجع السابق - ص 243 .

وملخص النظرية الذاتية هو انها تميز بين الحيازة الحقيقية Possession
والحيازة المرضية Detention

فلا يعتبر حائز حقيقيا الا من كان يحوز بنية الامتلاك Animus Domini
او بنية حيازة الحق Animus Possedendi اما من كان يحوز لحساب غيره
فيعتبر حائزا عرضيا . un simple detenteur

هذا وسميت النظرية بالنظرية الذاتية نظرا لما تعاطيه من اهمية
لارادة الانسان في تكييف وضع الحيازة .

ويلاحظ على هذه النظرية انها تعتمد على معيار نفسي يصعب على القاضي
اكتشافه .

اما ملخص النظرية الموضوعية التي جاءت معارضة للنظرية الذاتية فمضمونها
انها تعتمد على مادية الحيازة بغض النظر على نية الحائز ففي ظل هذا الرأي
ان الحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء ، وكل من يملك هذه السيطرة
يفترض منه نية الحيازة الحقيقية حتى يثبت العكس .

وعلى ضوء هاتين النظريتين نحاول معرفة الوضع القانوني لحيازة الدائن
المرتهن والمدل من جهة ووحيازة الغير من جهة اخرى . والرأي انه يجب
الاعتماد على النظرية الذاتية في تحديد العلاقة القانونية لحيازة الدائن
المرتهن او المدل تجاه الراهن . والتميز بين حق الملكية وحق الرهن
والتمييز بين العلاقة التي تربط الدائن المرتهن بالراهن والعلاقة التي
تربط هذا الدائن المرتهن او الراهن بالمدل .

وباختصار ان حيازة الدائن المرتهن بالنسبة لحق الرهن هي حيازة قانونية (1)

(1) اساسها نص المادة 948 مدني التي تقول : " . . . يسلم الى الدائن او الى اجنبي
يعينه المتعاقد ان شيئا يرتب عليه (للدائن) حقا عينيا " MAZEAUD . P.83 , n°74

اما حيازته بالنسبة لحق الملكية فهي حيازة عرضية (1) اعتمادا على النظرية الذاتية لانه لا ينوى حيازة الشيء بنية الامتلاك آن التعاقد او التسليم .

اما حيازة المدل فهي دائما تكون عرضية فهو يحوز الرهن لحساب الدائن المرتهن ويحوز حق الملكية لحساب الراهن .

وفيما يتعلق بالخير فيجب الاعتماد على النظرية الموضوعية فكل من تصرف في الشيء يفترض انه هو المالك ما دام انه تجت حيازته الا ان يثبت العكس، مما يستوجب حماية المتصرف اليه (اى الخير) حسن النية .

- البند الثاني : تعريف الحيازة .

لم يتناول التشريع الجزائري تعريف الحيازة على النحو الذى فعلته بعض التشريعات (2) . .

غير ان استاذنا على سليمان يقول (3) بان الفقه حاول تعريفها بما يلي :
" انها سلطة مادية يمارسها شخص على شيء (4) يستأثر به ويقوم عليه بافعال مادية تظهر بمظهر صاحب حق ملكية او اى حق عيني اخر على هذا الشيء "

(1) MAZEAUD.P.83,n°74" à l'égard de droit de propriété la gagiste n'est qu'un détenteur précaire"

(2) يعرف القانون الفرنسي الحيازة في نص المادة 2228 مدني على انها " وضع اليد او الانتفاع بشيء او بحق نحوزه نحن بانفسنا او نمارسه او يحوزه او يمارسه شخص غيرنا لحسابنا"
La possession est l' détention ou la jouissance d'une chose ou d'une droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom".

(3) د. على سليمان - المرجع السابق - ص 244 . وهذا المعنى يذهب اليه الاستاذ شمزالدين الوكيل - المرجع السابق - ص 528 ان يقول " لا يكفي لوضع اليد ان ينفرد بتغيير سند حيازته بمجرد انصراف نيته الى ذلك . . . سبق ان اشرنا اليه في البحث - ص 95 .

(4) ثار خلاف فقهي حول تحديد نطاق الحيازة اذ ان البعض يرى انها لا تشمل الا الحقوق الشخصية (علي سليمان - المرجع السابق - ص 244 . اما البعض الاخر فيرى بانها قد تشمل ايضا الحقوق الشخصية (السنهوري - ج 13 - ص 720) فقرة 424 .

ويقول بالتالي ان " الحيازة مظهر خارجي يحميه القانون في ذاته مفترضاً ان الحائز صاحب حق، سواء كان يستند في حيازته حقيقة السى حق او لا يستند الى حق، فالحائز للشيء يعتبر هو صاحب الحق عليه حتى يثبت العكس".

وطبقاً لهذا التعريف فان حيازة الراهن هي سلطة مادية على الشيء بقصد ممارسة عليه حق عيني تبني ولذلك يوجب عليه ان يقوم باعمال تظهر للعيان بمظهر صاحب هذا الحق كما سنرى في شروط الحيازة.

- البند الثالث : اساس الحيازة والحكمة التي تقررت من اجلها في الرهن .

القاعدة العامة في العقود بان اتفاقات الافراد لا تلزم الا اطرافها ومن في حكمها من خلف عام او خلف خاص، عندما يكون الحق الناشئ من الاتفاق الاصيل من مستلزمات الشيء او كان يعلم به وقت انتقال الشيء اليه (المادة 109 مدني) (1).

وعلى ذلك فلا يجوز ان تكون اتفاقات الافراد مضرّة بالغير، ولكي لا يتذرع الغير بعدم علمه بتصرف الذي اجراه السلف وهو مستندا الى نص المادة 109 مدني حرص المشرع ان يوفر له هذا العلم بفرض انتقال الحيازة من يد الراهن الى المرتهن او الى المعدل .

بالاضافة الى هذا ان ترك الشيء المرهون تحت يد الراهن يمكن ان يوثق الغير على ان المدين مليء وعوليس على حقيقته .

اذن نخلص من كل هذا ان حماية الغير هو الاساس الذي تستند اليه الحيازة والحكمة منها .

(1) احمد وحيد سوار - مطبوعة في مصادر الالتزام - لطلاب الفصل الثالث ليسانس كلية الحقوق بالجزائر - سنة 1972 - ص 62 وما بعدها .

ومتى خرجت حيازة الشيء المرهون من يد الراهن انتفى مع هذا الخروج خطر تلاعب المدين بحقوق الغير وتوافرت بالتالي الحماية اللازمة لهذا الاخير . بحيث تشمل يد الراهن من التصرف في المال المرهون ثانية وبالبيع بحرم بذلك الدائن من التنفيذ عليه . او بالرهن ضمانا لدين اخر الا بقدر ما يمكن استيعاب هذا الشيء من الضمان (1) .

- البند الرابع : دور الحيازة في الرهن .

لا شك ان المشرع لم يميز بين الرهن المدني والرهن التجاري من حيث اشتراط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن تجاه الغير . ذلك لانها تلعب دور الاشهار ويظهر هذا الدور في رهن المنقول خاصة (2) لان طبيعة المال تقتضي اتخاذ اجراءات خاصة به ، ذلك لسهولة اخفائه والتصرف فيه للغير الذي يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول عندما يكون هذا الغير المتصرف اليه حسن النية (م 2/970 مدني) .

وجانب وظيفة الاشهار ، ان للحيازة مميزات اخرى حيث تمكن الدائن المرتهن من حبس العين المرهونة الى حين استيفاء دينه من المدين كذلك تمكن المرتهن من المحافظة على الشيء وادارته واستغلاله .

-
- (1) محمد وحيد سوار - (الحقوق المعينية ج لا) ص 205 - السنهوري - ج 10 - ص 787 . عبد الفتاح عبد الباقي - فقرة 442 اشار اليه السنهوري في حاشية ص 787 . علي سليمان . ص 562 . شمس الدين الوكيل - ص 482 .
- (2) محمد وحيد سوار (الحقوق المعينية) المرجع السابق - ص 205 - حيث يقول * تظهر اهمية الحيازة في المنقول اكسر من المقار بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة للاشهار * .

وان كانت اهمية الحيازة تظهر بوضوح في رهن المنقول فان هذه الهمية تظهر بصفة اخص في الرهون التجارية حيث لا تشترط الكتابة كما هو عليه في القانون المدني وبالتالي فان الحيازة هي الشكلية الوحيدة التي تسهل للدائن اثبات حقه على المدين دون مماناة (1) .

هذا وبالرغم من هذه الهمية التي تحققها الحيازة فانها لا تخلو من نقد من طرف بعض الفقهاء (2) حيث يرون ان التمسك والحفاظ على نظام الرهن الحيازي ما هو الا عبارة عن تقليد تاريخي موروث من القوانين التي لم تعرف وسائل الشهر العقاري الحديث، ونادى بالاعتداء بالتشريعات الحديثة التي تغلصت من شرط الحيازة في رهن المنقول، والا استعاضة عنها بوسيلة اخرى ابسط مع تحقيق نفس الفرض على غرار ما تقرر بالنسبة لرهن السفن والطائرات . والمحال التجارية والمربات الميكانيكية، والافلام السنمائية والالات وادوات التجهيز ان هذه الاموال ترهن حديثا دون حاجة الى انتقال حيازتها (3) .

ومهما بلغت اهمية هذا الانتقال فان تشريعنا قد جعل من الحيازة شرطا لنفاذ الرهن في اتجاه الغير . مما ينبغي دراسة شروطها .

المطلب الثاني : شروط الحيازة .

لا يحد بالحيازة الا اذا تحقق الفرض منها وهذا الفرض يستمد منسب وظيفتها والدور الذي تلعبه في الرهن، وقد سبق ان قلنا ان للحيازة وظيفة

(1) MICHEL Carbrillac, Regime général du gage commercial; J.C.C F.A.1.1981, n° 24.

ويقول الاستاذ تناغو - ص 397 فقرة 145 " ونظرا للاهمية الخاصة للمنقول فان الحيازة تلعب بالنسبة له دورا يتخطى النفاذ في حق الغير فهي تؤثر في وجوده وانقضاءه" ذلك لان الرهن الوارد على ملك الغير يكون غير صحيحا ومع ذلك اذا كان الدائن المرتهن حسن النية وقت انتقال الحيازة اليه كان له ان يتمسك بحقه في الرهن في مواجهة المالك الحقيقي - فالحيازة في هذا الفرض تؤكد للمرتهن وجود الرهن وليس فقط مجرد نفاذه .

(2) د. علي سليمان - المرجع السابق - ص 562 .

اشهارية بمقتضاها ينتبه الغير على وضع المرهون فتشمل بذلك يد المدين من استخدام الشيء مرة ثانية ضمانا لدين اخذ عليه او على غيره (1) .

وبناء على ما سلف يستوجب في الحيازة توافر الشروط الاتية :

- ان تكون ظاهرة وحقيقية .

- وان تبقى مستمرة .

وسنوالي شرح هذه الشروط فيما ياتي :

البند الاول : الحيازة الظاهرة .

هذا الشرط اقتضته وظيفة الحيازة ذاتها التي هي تقوم بمهمة العلانية

وهو يقتضي بدوره الاستيلاء المادي للشيء المرهون من قبل الدائن او المعدل .

بحيث تكون حيازة اى منهما حيازة فعلية سواء اكانت حيازة مادية ام رمزية (2) .

والحيازة الظاهرة تقتضي ايضا ان تكون واضحة لا لبس فيها ولا غموض حتى

يكون الغير على علم تام بان الشيء الذي تحت حيازة الدائن او المعدل عليه حق

الرهن (3) . هذا وكما ذكرنا من انه لا يشترط ان تكون الحيازة حقيقية او فعلية

كانتقال الحيازة من السلف الى الخلف الخاص بتسليم مادي للشيء بل يكفي ان يتم

الانتقال رمزيا (4) كتسليم سندات الشحن وسندات البضائع المودعة في المخازن العمومية⁽⁵⁾

هذا ما نصت عليه المادة 813 مدني التي تقضي بما يلي :

(1) د. اكم امين الخولي - الوسيط في القانون التجاري - ج 4 "المقود التجارية" ط 1958

مصر - ص 419 .

(2) يميز الاستاذ تناغوبين الحيازة الحقيقية والحيازة الفعلية في ص 385 من المرجع السابق .

(3) د. علي سليمان - ص 563 وايضا ميشيل كاربيلاك^{ag} Michel Carbillat المرجع السابق

فقرة رقم 58 حيث يقول : "la depossession pour donner naissance

au privilège, doit être effective, apparente depouvée de toute

equivoque" (4) د. فهد وحيد سوارء الحقوق العينية المرجع السابق ص 205 وراجع ما سياتي في

(5) يلاحظ ان التسليم الرمزي قد لا يكفي في بعض الاحيان كما هو الشأن في رهن²⁰⁴

سند النقل البري ان كان السند اسما، ان لا يعتبر بذاته نقلا لحيازة البضاعة

لانه لا يحول بذاته دون تسليم البضاعة الى المرسل اليه عند وصولها الى المكان

ولذلك يجب على الدائن المرتهن ان يتقدم الى الناقل ليخطر به بالرهن وليمارس =

" تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعمود بها الى امين النقل او المودعة في المخازن (1) العمومية تقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . غير انه اذا تسلّم شخص السندات وتسلم آخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الافضية تكون لمن تسلّم البضائع " .

اما التسليم الحكمي المعمول به في البيوع فقد اثار خلافا بين الفقهاء اذ البعض يرى بعدم جوازه في الرهون المنقولة مهما كانت صورته .
اما البعض الاخر فيرى بجواز بعض صور التسليم الحكمي دون بعض الصور الاخرى ولكي يتضح لنا الامر نورد الامثلة الاتية :

= حقه في توجيه البضاعة بمقتضى حيازته لمستند النقل فيخاطره بمدم التسليم البضاعة الى المرسل اليه بل يسلمها اليه هو او الى من ينوب عنه في ذلك ، وذلك كله طبقا للقواعد العامة في حوالة الحق ، راجع اكم امين الذولي ، الوسيط ، المرجع السابق ص 420 ، راجع ص 204 من هذا البحث لترى الجدل الفقهي الذيثار حول تقييم حيازة السند المثبت للدين ونوعية السند الذي تتم به الحيازة .
(1) نظم المشرع الفرنسي المخازن العمومية بمرسوم صادر بتاريخ 1945/4/6 فبفضل انشاء هذه المؤسسة في القرن 19 واعادة تنظيمها بهذا المرسوم اصبح للتاجر ان يودع بضائجه في المخزن العمومي ويحصل من هذا الاخير على سندیين مقتطعين من السجل الاصيلي للمخزن ، فالورقة الاولى تسمى وصلا وهي تثبت ملكية البضائع وتباع البضاعة بتسليمها الى المشتري اما الورقة الثانية تسمى WARRANT فهي ملحقه بالورقة الاولى ومقتضى هذه الورقة يكون بإمكان رهن البضائع دون نقلها من المخزن ، وينقل هذه الورقة يصبح المخزن يحوز لصالح الدائن المرتهن . وهذا السند يتم نقله بالطرق التجارية .

اما نحن في الجزائر فتسمى هذه المؤسسة للمؤسسة الوطنية للمعبور والمخازن العمومية SONATMAG فهي تقوم بعملية التخزين بكل اشكاله Entrepots " sous Douanes, libre, Frigorifique, Warrantage, etc.

ويجلب هذا فانها تقوم بخدمات اخرى غير التخزين " .

- الحالة الاولى : قد يكتسب الدائن حق الرهن على الشيء ويبقى مع ذلك تحت تصرف المالك بصفته مستاجرا له .

- الحالة الثانية : قد يكون الشيء لدى الدائن بصفته مستاجرا ومستميرا له ثم يكتسب حق الرهن عليه وهو تحت حيازته .

فاذا كانت الحالة الاولى لن تثير اشكالا بين الفقهاء في عدم جواز الاحتجاج بهذا الرهن ضد الغير فان الحالة الثانية قد اثارت خلافا بينهم اذ ان البعض منهم يرى بعدم جواز الاحتجاج بهذا الرهن ضد الغير لعدم توافر شرط العلانية (1) .

اما البعض الاخر (2) فيرى انه طالما تبدلت صفة الدائن من مستاجر او مستمير الى دائن مرتهن وهو يحوز الشيء المرهون ، فان تغيير الصفة تكفي للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير . لان المطلوب هو الحيازة الحقيقية .

وفي هذا الصدد يقول الاستاذ تناغو ما يلي " اذا كان المنقول في حيازة المرتهن من قبل مستاجر او مستمير ، ثم تغير سند حيازته قصار مرتهنا فان التسليم في هذه الحالة يكون حكما ومع ذلك فان الحيازة تعتبر حقيقية .

ولكن الصورة العكسية للتسليم الحكمي وهي ان يبقى الشيء المرهون في حيازة المالك الراهن بصفة مستاجر مثلا ، فهي لا تؤدي الى حيازة المرتهن الحقيقية ، ولا تؤدي الى نفاذ الرهن في مواجهة الغير " .

اذن طبقا لهذا الرأي ان التسليم الحكمي^{الذي} الا يصح الاحتجاج به ضد الغير هو ذلك الذي يتعارض مع نص المادة 961 مدني التي تستوجب نقل الحيازة الى الدائن او الى اجنبي ارتضاه المتعاقدان .

(1) شمس الدين الوكيل - ص 482 - انسكوهودي باللوز ج 2 - ص 855 بند 76 .

(2) تناغو : المرجع السابق - ص 385 .

ونناء على هذا الرأي ايضا فان الملائية لا تتحقق بالوسيلة التي تم بها نقل الحيازة ولا بالميعاد الذي دخل الشيء تحت حيازة الدائن او المعدل انما تتم هذه الملائية بواقعة الحيازة ذاتها ، وطالما ان هذه كانت بين يدي الدائن فان ذلك يكفي لصحة الاحتجاج بالرهن ضد الغير .

وفي نظرنا ان هذا الرأي الاخير هو اقرب الى المنطق وموافقا لما نص عليه القانون في المادة 961 مدني ، لان هذه المادة لم تمنع وجود الشيء المرهون آن التعاقد بين يدي الدائن المرتهن باي سبب من الاسباب ثم يتغير سببه بابرام عقد الرهن عليه ، فكل ما تطلبته هذه المادة هو كون وجود الشيء المرهون تحت رقابة الفعلية للمرتهن وحيازته عندما يريد الاحتجاج به ضد الغير ، اي ان الحقوق التي ينشئها الرهن للغير على الشيء المرهون ، وهو تحت حيازة الدائن المرتهن ، لا تسرى تجاهه ولا يعطل حق الرهن .

وفي الحقيقة ان واقعة الحيازة ذاتها تكفي لتبنيه الغير عن وضميئة الشيء المرهون ، وعليه فكان من الواجب عليه ان يتفحص ^{الأمر} عن قرب ، اذ بإمكانه التصرف عن وضعيئة الشيء من الحائز نفسه وبذلك يتحقق شرط الملائية .

وشرط الملائية يتحقق متى كان الغير عالما بوضعيئة الشيء ، وكان بإمكانه ان يعلم لو بذل قدرا من الجهد طبقا لما تقرر في القواعد العامة التي يتحدد به مديار حسن النية .

ونعتقد في هذه الحالة ان هذا الغير غير مهتم او كان مهملا فلا يحق ان يستفيد من خطأ ارتكبه هو .

وهذا المعنى يقول الاستاذ علي سليمان : " فقد تكون الحيازة ظاهرة للعيان لا يخفيها الحائز على احد ومع ذلك يجهل ذو مصلحة وجودها اما لعدم اهتمامه او لعدم يقظته او لغيابه ، فلا تكون الحيازة حينئذ مشوية بميب الخفاء (1) .

(1) د. علي سليمان : المرجع السابق - ص 254 .

اذن فالمعيار المسمول به في توافر شرط العلانية هو معيار مادي وهو الا تكون الحيازة مشوبة بالخفاء، وعليه فالتسليم الحكمي المقرون بوجود الحيازة تحت يدي الحائز يمكن الاحتجاج بهذا الرهن تجاه الغير ليس استثناء الى مجرد تغيير صفة الحائز من الحيازة المرضية الى الحيازة القانونية ولكن استنادا الى الحيازة الحقيقية التي بين يدي المرتهن .

اذ لو كان الغير غير عالم بتغيير سبب حيازة الدائن فبامكانه ان يعلم لو بذل شيئا من الاهتمام واليقظة مما يبذله الرجل العادي ،

وطالما ان الحائز لو سئل لم يخف (1) وضعية الشيء ، فلا سبيل له اذا السائل ان يتذرع بقاعدة عدم الاحتجاج عليه بحجة انه لم يعلم بوضعية الشيء المرهون .

هذا ومن الواضح انه لا فرق فيما اذا انتقلت الحيازة الى الدائن المرتهن نفسه ام انها قد انتقلت الى شخص اجنبي ارتضاه المتعاقدان ، غير ان انتقال الحيازة في كل حالة قد لا تكفي الا اذا توافر في هذا شرط الظهور والعلانية التي تكفي لاعلام الغير بوضعية الشيء المرهون ، وذلك قضى القضاء الفرنسي في مواضع عديدة منها حالة انتقال الحيازة الى المعدل (2) وتسليم مفاتيح المخزن ، والمحل الذي اختزنت فيه الاشياء المرهونة ووضع العلامة على الشيء ، بحيث يفيد بان الشيء قد تعلق به حق رهن ، وتاجير المدين التراهن محلاته او مخازنه (التسيي وضمت فيها البضائع المرهونة) للدائن المرتهن او المعدل (3) .

(1) > علي سليمان يقول بهذا الصدد " وتمتبر حيازة الحائز مشوبة بعيب الخفاء اذا كان يخفيها على الناس وعلى الاخص عن هم ذو مصلحة في العلم بها ويستوى ان يتمدد الحائز اخفاء حيازته او ان يخفيها عن غير عمد " ص 254 .

(2) (J.C.P. 1981. N.P.31.) (J.C.P.IV.P.31. 3/11/1980.Cass.Comm.-

(3) - Cass.Comm.12/11/58 et ch des requette 28.5.1910.

FABRICAL.J.C.Com.Faxicul A n° 42.

- cass.comm.5/2/72.J.C.P.1979.IV.P.124.

- CABRILAC.J.C.Com.F.A.n° 44.

فهذه الاوضاع كلها ما هي الا مظاهر قد لا تكفي وحدها للاحتجاج بالرهن ضد الغير الا اذا تكاملت بعناصر اخرى (1) يتحقق من ورائها الفرض من الحيازة .

وموقف القضاء الفرنسي يتغير بحسب الاوضاع والظروف الواقعية للحيازة فتارة يقضي بان مظهرها واحدا من هذه المظاهر التي اعدناها يكفي بان يتوافر بها شرط الحيازة الحقيقية، وتارة اخرى يستوجب في توافر الحيازة الحقيقية والظاهرة ان تكون هذه العناصر مقترنة بعناصر اخرى (2) .

اذن وكما ذكرنا ان المعيار المتخذ في هذا الشأن هو معيار موضوعي يتحقق بتوافر الحيازة الفعلية التي تمكن الغير من الانتباه الى وجود الرهن على الشيء، فتحول بالتالي بينه وبين المدين في استخدام الشيء المرهون من جديد بقصد الحصول على ائتمان جديد . فان حققت الحيازة هذا الهدف فيها والا فلا (3) وللقاضي سلطة تقديرية في الموضوع (4) .

وهذا انتهى من شرط الحيازة وننتقل الى الشرط الثاني وهو شرط استمرارها .

(1) د. اكم امين الخولي، الوسيط في القانون التجاري - ج 4، العقود التجارية - ط 1958 - مصر - ص 414 وما بعدها فقرة 356 .

(2) حكم محكمة انجبر ANGRES الصادر بتاريخ 1963/12/13 قد اعتبر انه مجرد تسليم شهادة اصالة لجواد السباق Certificat d'origine يكفي بان تتوافر الحيازة الحقيقية .

ثم في قضية مشابهة قضت المحكمة التجارية لمدينة AVIGNON بتاريخ 63/12/13 بان مجرد تسليم البطاقة الرمادية لسيارة لا يكفي لاعتبار وتحقق الحيازة الفعلية .

- CABRILAC.J.C.Com.1.1981,n°42 et 44

- R.T.D.Comm.1964.P.377.n°8

- GAZ.PAL.1964.1.251.

- Foyer, Hamel.Paris, 1953.P.71.n°4

(3) الاستاذ اكم امين الخولي - المرجع السابق - ص 414، وما بعدها بند 356 .

(4) د. سمير تنافو - المرجع السابق - ص 385 .

البند الثاني : استمرار الحيازة .

سبق ان بحثنا الشرط الاول من شروط الحيازة ، وعموان تكون ظاهرة وواضحة لا لبس ولا غموض فيها ، غير ان توافر هذا الشرط لا يجدي نفعا للدائن المرتهن الا اذا كانت هذه الحيازة مستمرة تحت يديه او لدى العدل وحماية الغير من الانخداع (1) قد لا يتحقق الا بتوافر هذا الشرط الثاني وهو بقاء الشيء المرهون لدى المرتهن طول مدة الرهن .

وعلى ذلك فان حدث ان فقد الدائن حيازته يفقد معها امتيازها على الاغيار او الكفاة .

غير ان الدائن قد يفقد الحيازة بصفة مؤقتة لصالح الراهن او لصالح الشيء المرهون نفسه ، كما يمكن ان يفقد الحيازة ضياعا او غصبا عنه . فما هي الحلول القانونية لهذه الاوضاع ؟ ذلك ما سوف نعرفه في الموضوع التالي :

- CABRILAC, Régime générale du gage commercial. J.C.commer;1 (1) 1981, n°45" la reprise par le debiteur du bien donné en gage pourrait tromper les tiers en lui laissant croire qu'il fait parti de l'actif de ce dernier, ausi serait mise en echec la fonction publicitaire du dessaisissement".

- وايضا فوى Foyer المرجع السابق - ص 77 .
وراجع خلاف ما هو معمول به في الشريعة الاسلامية : حيث يرى الشافعية ان حبس الرهن ليس على وجه الدوام ، وانه يجوز للراهن استرداد العين المرهونة ، للانتفاع بها نهارا والرد الى المرتهن ليلا ، اشار الى هذا الرأي الاستاذ محمد وحيد سوار - المرجع السابق (الحقوق العينية) ص 207 - نقلا عن فيض الله - ف 336 - ص 354 .

المطلب الثالث : رجوع الشيء المرهون الى الراهن .

تقضي المادة 952 مدني بما يلي " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الخير" (1) .

فطبقا لهذا النص ليس المهم ان تنتقل الحيازة من المدين الى المرتهن او المدل فحسب بل يجب ان تبقى الى حين استيفاء الدين .

لذلك فقد رتب المشرع عن واقعة رجوع الشيء الى الراهن قرينة بسيطة على ان الرهن قد انقضى (2) .

(1) يقول الاستاذ تناغو - المرجع السابق - ص 385 " ان المقصود في هذا النص وهو ما اخذ من القانون الفرنسي وضع حد للمعادن التي كانت تجرى في روما ومن الممكن ان تجرى في اي مجتمع ومن انتقال الحيازة فمثلا من الراهن الى المرتهن ، ثم عودتها بعد ذلك الى الراهن بصفة اخرى باعتباره مستاجرا من المرتهن مثلا . وهو ما يؤدي الى زيادة ضمان الراهن دون حق ، ويؤدي الى الاضرار بحقوق الغير الذي يتعامل مع الراهن على اساس ان الشيء في حيازته خال من كل حق عليه " .

(2) كما ان القضاء الفرنسي يلغي الرهن عندما لا يحتفظ الدائن او المدل بحيازته ومن ذلك الحكم الصادر : -Cass.Civ.9/4/1894.D.P.94.1.409 note Boistel, à propos de la remise du connaissance au debiteur qui avait ainsi pu retirer la marchandise engagée

اشار اليه الاستاذ : - CABRILAC. FA. n° 45

- وفي نظرنا ان نص المادة 952 مدني يصلح في التشريعات التي تجلب من وزن الحيازة بمثابة ركن وتعمل بالتالي الرهن الحيازي من العقود العينية اما نحن فطالما ان عقد الرهن رضائي ، فلا نرى سيرا افتراض انقضاء الرهن بمجرد رجوع الشيء المرتهن . وسنعود الى هذا الموضوع فيما بعد .

وما ان رجوع الحيابة الى الراهن لا يقصد بها دائما التنازل عنها بصفة دائمة، فمن طبيعة الحال بان يقدر هذا الاعتبار ويترك بالتالي الباب مفتوحا للدائن بان يدحض هذه القرينة باثبات على ان هذا التنازل كان نتيجة غصب او لضرورة طحة تخص طبيعة الشيء المرهون مثلا، وعلى ذلك فان اثار واقعة الرجوع تختلف باختلاف الحالات،

ان ينبغي معرفة فيما اذا كان التنازل بارادة الدائن ام غصبا عنه، وينبغي معرفة ما اذا كان التنازل ابديا ام أنه مؤقتا فحسب، ويجب التمييز فيما اذا كان يراد الاحتجاج بالرهن ضد الراهن ام تجاه الغير .

ففي حالة ما اذا رجع المرهون الى الراهن بارادة الدائن فالمشروع قد اقام قرينة بسيطة على ان الدائن قد تنازل عن حقه في الرهن ويكون لهذا الاخير ان يثبت ان للرجوع سببا اخر غير التنازل، ومن ثم ييقيس الرهن ساريا تجاه الراهن، ولكن لا يمكن الاحتجاج به ضد الغير. وعلى ذلك فان حدث ان اكتسب الغير حقا على المرهون، وهو حسن النية، خلال مدة الاستمادة، كان يقوم الراهن بتبيع الشيء المرهون اورهنه من جديد، فان هذه التصرفات تكون سارية تجاه الراهن وتكون ايضا سارية تجاه الغير، ان حاز المرهون، (بما فيهم الدائن المرتهن (الاول) الذي فقد حيازته) والعكس فان استرجع الدائن المرتهن الشيء تحسنت حيازته فان رهنه لا يسرى تجاه الغير، (بما فيهم الدائن المرتهن (الثاني) الذي اكتسب حق الرهن على الشيء خلال فترة الرجوع) الا ابتداء من تاريخ الحيازة الجديدة .

وطبيعة الحال فان كان الشيء مرهونا لشخص اخر خلال مدة الرجوع، فانه لا يمكن تصور استرجاع الشيء مرة ثانية تحت حيازته وهو عليه حق الرهن الا على سبيل الحيازة العرضية، كما سبق ان اشرنا، ونكون امام وضع يحوز فيه الدائن الشيء بصفته اصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، الا ان مرتبته تتحدد من تاريخ الحيازة الجديدة .

واما الدائن المادى للراهن لا يجوز له في نظرنا ان ينفذ على الشيء المرهون خلال فترة الرجوع الا اذا كان حسن النية، وذلك على خلاف الراى القائل بان للدائن المادى ان يتجاهل حق الدائن المرتهن على الشيء (1) وينفذ عليه دون اى اعتبار اخر .

لان تطبيق هذا الراى يوءى الى نتيجة غير معقولة تجعل اثر الالتزام الحق الشخصي اوسع نطاقا من الحق العيني .

فيما ان كل من يكسب حقا عينيا خلال فترة الرجوع يشترط فيه حسن النية، فمن باب اولى ان يشترط حسن النية فيمن كان له سوى حقا شخصيا على المدين الراهن .

هذا وان كانت القاعدة تقضى بان عودة المرهون الى الراهن يوءى الى انقضاء الرهن، افتراضا، ويترتب بالتالي عدم الاحتجاج به ضد الغير . فان الضرورات العملية قد شغفت من هذه القاعدة حيث يتجه الفقه وتبعه القضاء باحكام عديدة تقضى بعدم انقضاء الرهن ويحتج به ضد الغير، على الرغم من عودة الشيء المرهون الى الراهن، في احوال معينة ناتى بذكرها فيما يلي :

البند الاول : تنازل الدائن عن الحيابة للراهن تنازلا مؤقتا .

قد يحدث ان يقع التنازل من الدائن، ولا يقصد به انقضاء الرهن بل لتحقيق مصلحة متعلقة بالدائن ذاته، او بالمدين، او بطبيعة الشيء المرهون، ولذلك فلا ينقض حقه في الرهن ويمكن الاحتجاج به ضد الغير (2) .

(1) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 489 .

(2) سوار - المرجع السابق - ص 207 .

ولكي لا يسيء الدائن في استعمال هذه المكسة، فقد حاول القضاة ادخال قيود عليها باشتراطه ان يكون التنازل لمدة قصيرة وحاجة ملحة وتلخص هذه الشروط فيما يلي :

أ) الا يتصرف في الالتجاء الى مكسة الاسترجاع الى حد يضر بحقوق النيسر الذي يتولد لديه الاعتقاد على ان الشيء لم يتعلق به حق الرهن (1) .

ب) ان يكون الاسترداد سالما من الغش (2) ويكون كذلك متى كان لازما اقتضته المحافظة على الشيء تحقيقا لمصلحة الراهن والمرتهن معا .

اما اذا كان الاسترداد لم تستلزمه المحافظة على الشيء او الصيانة، او كان يحقق مصلحة المدين وحده، فلا سبيل الى القول ببقاء الرهن، لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانتهاء الرهن الذي كان سبب استرجاع المدين الراهن سيارته المرهونة من الدائن المرتهن لمجرد حاجته في ان يظهرها للجمهور في احدى المعارض.

وعلى ذلك فمتى كان الاسترداد غير متعسف فيه، وكان سالما من الغش، يكون الرهن باقيا ويحتج به ضد الغير كما لو كان الشيء تحت حيازته .

وتطبيقا لما قلناه، ان اعادة الشيء بقصد الصيانة وتسليم المرتهن

(1) - Cass.Civ.21/3/1938.GAZ.Pd1.1938-2-13

- CARBRILAC, Régime général de gage.commer.J.C.Comm.n°48

(2) - Cass.Civ.25/11/1891.D.P.92.1.505.

- Cass.req.8/10/1898.S.99.1.172.

اشار الى الحكمين الاستاذ كاريلاك - المرجع السابق - رقم 48، وبهذا المعنى يقول الاستاذ محمد وحيد سوار - ص 206 .

الى الراهن سندات لحاطها بقصد الحضور في الجمعيات العمومية التنسي
تمقدها دوريا الشركة والتصويت فيها (1) لا يمكن ان تؤدي هذه الحالات
الى انقضاء الرهن ، ذلك لضرورات عملية اقتضتها هذه الاعمال .

وبالتالي فان حدث في مثل هذه الحالات اعسار او افلاس للمدين او حجز
على امواله ، لسبب اخر ، في هذه المدة لا يشمل الحجز هذا الشيء المرهون ،
لان الاسترجاع المؤقت من الراهن لا يفقد الدائن حقوقه ،

غير انه يجب على الدائن ان يسترد الشيء قبل ان يتصرف فيه المدين ،
وعليه ان يلتزم الحيطنة والحذر طول مدة الاسترداد ، اذ انها عملية مدفوفة
بالمخاطر من حيث انه قد يتصرف في المنقول المدين الراهن ويصطدم
بالتالي بحائز للمنقول توافرت لديه شرائط الحيازة (من سبب صحيح وحسن
النية) فيحتمى بنص المادة 3/970 التي تنص على انه يجوز " لكل حائز
حسن النية ان يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان
ذلك لا مدقا لتاريخ الرهن " .

(1) سوار - المرجع السابق - ص 207 .

- وراجع الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 17/03/1908 ، اشار
اليه الاستاذ Jean Guyenot. La constitution et la réalisation
du gage des valeur mobilières. R.T.D. Comm. 1961. P. 289, n° 27

ان يقضي هذا الحكم بجواز انعام المرتهن بان يتخلى عن الحيازة لكي يسمح
الراهن ان يستعمل حقوقه في الاكتتاب ولا يفقد المرتهن بهذا التخلي حقه
حيث تعتبر الحيازة في هذه الفترة اللازمة لاستعمال الراهن حقوقه وكانها
مستمرة .

DIMOGUE. R.T.D. Civ. 1904. P. 248.

غير ان الاستاذ :

فهو يميز بين حالة الذي يكون فيها الراهن ملزما بان يحوز الشيء المرهون (مثلا
السندات) للممارسة حقوقه كان يحضر في الجمعيات العمومية التي تعتبر الحيازة
فيها مستمرة ولو تخلى عنها المرتهن مؤقتا . وبين الحالة التي يتخلى المرتهن
فيها عن الحيازة لسبب ليس ضروري كحصول الراهن على قسما encaisser
des coupons ففي نظر هذا الكاتب ان التخلي عن الحيازة في هذه الحالة
لا يبرر له وبالتالي يؤدي الى فقدها . اشار اليه الاستاذ جان قينو - 289 p

R.T.D. Com. 1961 P. 289. حاشية رقم 3 .

البند الثاني : استبدال الاشياء المخزونة بمثلتها .

سبق ان قلنا ان القضاء الفرنسي قد قضى باستمرار الرهن بالرغم من رجوع حيازته الى الراهن . وذلك كلما كان الاسترداد قد اقتضته الصيانة او المحافظة على الشيء المرهون .

وبناء على هذا المعيار قد نجد ان بيع الشيء المرهون واستبداله بشيء مثله هو وجه من اوجه الصيانة والمحافظة عليه . وذلك كاستبدال القمح الى دقيق واستبدال المشروبات لكي لا يتغير طعمها واستبدال بعض الاشياء قبل اتلافها بتاثير كيميائي فيها مثل البطاريات والاسبنة وغيرها .

فهل الاعتداد بهذا السبب للمحافظة على الرهن يبيقي على الرهن ؟ فان نص المادة 952 مدني لم يجب على السوّال ، بل اكتفى بالقول بان على الدائن اثبات سبب الرجوع على انه لا يقصد به انقضاء الرهن . ومن هنا يطرح سوّال اخر وهو هل ان الاستبدال الذي اقتضته المحافظة على الشيء المرهون يعتبر سببا مقنعا للمحافظة على الرهن في قانوننا ؟

وامام عدم صراحة النص يستلزم منا معالجة الموضوع على ضوء اراء الفقهاء وما انتهى اليه القضاء في فرنسا .

- اما موقف القضاء في فرنسا فانه باخذ بفكرة الاستبدال ولقبحها ، ويعتبر احلال الاشياء الجديدة محل الاشياء القديمة بمثابة استمرار للرهن القديم وليس انشاء لرهن جديد . ذلك بحكم القانون (1) وعلى اساس فكرة الحلول المينسي (2)

(1) CABRILAC.J.C.C.FA.1981,n°51" pour la cour cassation, le privilège passe de plein droit des marchandises aliénée a celle qui leur sont substitues c'est donc le même gage qui persiste a travers le renouvellement du stock.

- Cass.Req.10/3/1915.D.P.1916.1.242.et S.1916.1.5. note Lyon com.

- Angers.21.2.1936.S.1936.2.76. اشير اليها من طرف :

- CABRILAC.F.A.n° 51 الاساتذة :

- اكرم امين الخولي - المرجع السابق - ص 421 .

- MAZZAUD.P.80.

اما موقف الفقه المصري (4) يرى انه بالرغم من عدم وجود النص فانسه يجوز الاخذ بفكرة الاستبدال قياسا على نص المادة 1119 مدني مصري (الذي يقابله نص المادة 971 مدني جزائري) الذي يقضي "على انه اذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء اخر يقدم بدله جاز للدائن او للراهن ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه".

فمقتضى هذه المادة يمكن الاخذ بفكرة الاستبدال حتى في القانون المدني .

وفي هذا يقول الاستاذ اكرم امين الخولي ما يلي "فهذا النص يثبت للراهن وعدة (ولو لم يكن هناك اتفاق بينه وبين المرتهن على الاستبدال) الحق في ان يستبدل بالشيء المرهون غيره وله هذا الحق في كل الاحوال التي يكون فيها الشيء المرهون مهددا بنقص القيمة، ولم يقيّد النص مكنة الاستبدال بان يكون الشيء المرهون مثليا .

Paulette Veaux Fournerie; Fongibite et subrogation réel en matière de gage commercial; études Hamel, Paris 1953. Page 126 et suit. n° 11

Les MAZEAUDS. Page 79, n° 65.

• اكرم امين الخولي - المرجع السابق - ص 421 .

ويقول ايضا : ان مكنة الاستبدال ثابتة في القانون المدني المصري م 1119 (م 971 مدني جزائري) حتى في الرهن المدني في حدود اوسع منها للقانون الفرنسي ، اذ لا يشترط ان يكون المرهون من طبيعة مثلية ولا ان يكون الطرفان قد اتفقا منذ البداية على جواز الاستبدال (1) ، ويضيف .

غير انه يقابل هذا التوسع ان الاستبدال من جانب المدين وحده لا يجوز الا اذا كان نقص القيمة الذي يهدد الشيء المرهون قد بلغ في الجسامة حدا يخشى معه ان يصبح هذا الشيء غير كاف لضمان حقوق الدائن . فالاستبدال في المادة 1119 مدني مصري (971 مدني جزائري) قد نظرفيه المشرع الى مصلحة المرتهن لا الى مصلحة الراهن .

غير انه اذا كان القانون يقر الاستبدال في الرهن لمصلحة المرتهن في هذا النطاق الواسع فانه ليس من الاسراف في شيء ان نستخلص

(1) اكرم امين الخولي - المرجع السابق - ص 422 و 423 .
وهذا للمعنى يقول الاستاذ P. Veaux Fournier المرجع السابق - ص 126 -
فقرة 11 ان يقول : تعليقا على حكم محكمة النقض بتاريخ 10/3/1915 ما

يلي :
" En premier lieu, les parties devront prévoir le remplacement pour qu'il permette la perennité de la sureté, le débiteur ne saurait a lui seul en prendre l'initiative au cours du contrat, en second lieu, seul le remplacement par des choses de même genres semble approuvé par la cour de cassation".

بطريق القياس انه يجيز الاستبدال ولو كان مقررا لمصلحة المدين الراهن متى تم الاتفاق عليه بين الطرفين وكان الشيء من طبيعة مثلية، ففي هذه الحدود يجوز الاستبدال ويحتج على سائر دائني المدين الراهن فضلا يعتبر انشاء رهن جديد، وبذلك ينجو من احكام بطلان الرهن الصادر في فترة الرية¹.

وطبقا لهذا الرأي، ان مكنة الاستبدال لا يتحدد مجالها في القانون التجاري فتسبب بل يمكن الاخذ بها حتى في الرهن المدنية (1).

كذلك قد تتقرر مكنة الاستبدال لكل من الدائن والمدين معا. كلما في الامر يجب التمييز فيما اذا كان الاستبدال يخدم مصلحة الدائن ام المدين الراهن فباختلاف الاشخاص تختلف الشروط المطلوب توافرها.

ففي حالة ما اذا كان يراد بالاستبدال الحفاظ على حق الدائن المرتهن يجب ان يكون ضمانه مهردا فعلا بالهلاك او التلف او نقص القيمة وان يلسغ الضرر المتوقع حدوثه حدا من الجسامة يخشى معه انقاص ضمان الدائن.

اما في الحالة الثانية، يجب ان يقع الاتفاق على الاستبدال بين الدائن المرتهن والراهن ويجب ان يكون الشيء من طبيعة مثلية.

ونحن نرى ان هذا الرأي جدير بالاعتبار ويمكن تطبيقه في الجزائر طالما انه متفق مع المنطق وغير مخالف للقانون.

غير اننا لا نتفق معه عندما يقول "بان اتفاق الطرفين على استبدال الشيء المثلي (عندما يتقرر الاستبدال لمصلحة المدين الراهن) ويحتج بهذا الاتفاق على سائر دائني المدين الراهن، فلا يعتبر انشاء رهن جديد وبذلك ينجو من احكام بطلان الرهن الصادر في فترة الرية" وذلك لاسباب آتية:

(1) وهذا المعنى (Paulette Veaux Fournerie, P.128(étude Hamel)).

1 - ان المشرع قد وضع وسيلة في الرهن للمنقول تقوم بوظيفة اشهارية (وهي انتقال الحيازة) حماية للغير من الاغتراب والموضع المالي للمدين الراهن .

وبما ان انتقال هذه الحيازة الى الدائن المرتهن او المعدل يتولد عنها وضع يعتمد عليه دائنوا المدين وشوان كل الاموال الباقية (دون تلك التي عليها الرهن) تكون ضمانا عاما لديونه ، واذا به يفاجئ في اشهر المطاف بان تلك الاموال التي اعتمد عليها قد استبدلت باموال تلفت او هلكت لا يصلح التنفيذ عليها بحجة ان هناك اتفاق بين الدائن والمدين الراهن .

2 - لو اراد المشرع ان يرق باتفاقات الاطراف الى مستوى الاحتجاج بها ضد الغير لتطلب اشهارها (من الاطراف) حتى يعلم الغير بها بجانب انتقال الحيازة .

3 - ان القول بان اتفاقات الاطراف يحتج بها ضد دائني المدين الراهن لا يتفق مع ما قرره القواعد العامة في المقود ان لها نسبية الاثر من حيث الاشخاص .

4 - ان القول بجواز الاتفاق على الاستبدال للشيء المثلي في حالة التلف او الهلاك ، والاحتجاج بهذا الرهن المستبدل ضد الغير ، معناه جواز نقل تبعه هلاك الضمان من الدائن المرتهن او المدين الراهن حسب الاحوال الى دائن اخر مرتهنا كان ام عاديا (لان هلاك الشيء في فترة الرهبة لا يقع في الواقع على المدين وانما يقع في الحقيقة على الدائنين العاديين في النهاية ، وهذا يفتح الباب لتلاعب بحقوق الغير المتعلقة بذمة المدين) وخاصة عندما يكون المدين في ظروف مالية محرجة .

وعليه فلنكي نتجنب حالات الغش والمحاباة فانه ينبغي اقتصار تحديد اثار اتفاقات الدائن المرتهن والمدين الراهن على الاستبدالات التي تحدث قبل فترة الريبة، اما عمليات الاستبدال التي تقع خلال فترة الريبة فتمتبر، بمثابة انشاء لرهون جديدة وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها ضد الفيسر طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة في هذا المجال .

البند الثالث : سلب الحيابة .

راينا في الحالات السابقة بان الدائن هو الذى يتنازل عن حيازة الشئ المرهون بارادته ولكن بصفة مؤقتة . اما في هذه الحالة تكون فيها الحيابة قد انتزعت من الدائن او غصبت منه دون ارادته . وبذلك يطرح وبذلك يطرح السؤال ايضا هل تعتبر حالات الفقد او الضياع او الغصب والاكراه سببا مقنعا للحفاظ على الرهن بالرغم من فقد الحيابة؟

قلنا ان القاعدة العامة (م 952 مدني) تفترض انقضاء الرهن برجوع الشئ المرهون الى الراهن، لكن يستثنى من هذه القاعدة الاحوال التي يكون فيها الرجوع لاسباب جديدة اقتضتها صيانة الشئ او المحافظة عليه او لاستعمال الحقوق المتعلقة به . وبذلك وان كان الرجوع ارادى من الدائن فانه لا يفقد حقوقه في الرهن مع الحفاظ على حقوق الغير التي قد تنشأ على الشئ خلال فترة الرجوع . وجانب التنازل الارادى قد يحدث ان يخرج الشئ من حيازة الدائن المرتهن بغير ارادته كان يفقد السيطرة المادية على الشئ بدون ان ينوى التنازل عن حيازته وذلك بعودة الشئ الى الراهن فليس بدون علم المرتهن او غصبا عنه دون ارادته .

وفي هذه الحالة ايضا لا يمكن القول بانقضاء الرهن بل يحق للدائن المرتهن ان يسترد حيازته من الراهن او من الغير طبقا لما نصت عليه المادة 2/962 مدني التي تحيلنا الى احكام الحيابة المنصوص عليها في

المادة 836 مدني وعلى ذلك فاذا انتقلت الحيازة الى الراهن فلا يثور مشكل في الاسترداد .

اما اذا انتقلت الحيازة الي الغير فيجب التمييز بين امرين :

- اما ان يكون هذا الغير قد حصل على الشيء على سبيل الرهن ضمانا لدين على الراهن، وهو حسن النية، فيدفع برهنه هذا ضد المرتهن الاول، وان استرجع المرتهن الاول الشيء على حيازته فيعتبر رهننا جديدا بالنسبة اليه، يحوز الشيء بصفة اصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره .

- واما ان يكون قد حصل على الشيء على سبيل الملكية (كالبيع مثلا) وهنا يجوز للغير الحسن النية ان يطلب ممن يسترد الشيء ان يرد الثمن الذي دفعه متى كان هذا الشراء قد حصل في المزاد العلني او حصل مع تاجر مختص في بيع هذه الاشياء (1) ولقد سبق ان اشرنا من انسه ولو ان المادة 836 مدني تتكلم عن مشتري المنقول الا انها في مضمونها تعني كل من له حق عيني (2) على الشيء .

وعلى ذلك فانها تنطبق ايضا على الدائن المرتهن (3) وفي هذا يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل (4) " ان الدائن المرتهن يكون في مركز مالك المنقول الذي فقده بسرقة او ضياع ويقول ان الفقه الراجح في فرنسا يعتبر هذه الصورة سرقة ضمان " هذا ويعتبر في حكم السارق الراهن الذي يختلس منقولا سبق ان رهنه ضمانا للوفاء بدين عليه او على غيره .

(1) سبق ان شرحنا الموضوع باسهاب في هذا البحث ص 50 . حاشية رقم 1 وص 45 وما بعدها .

(2) ما سبق ص 49 وما بعدها .

(3) وما سبق في البحث - ص 49 وبهذا المعنى يقول الاستاذ MARTY et RAYNAUD P. 16 , n°24 " ان حق المرتهن في هذه الحالة قد تقر له حق الحبس بنص القانون

(م 2082 مدني فرنسي) وراجع نفس المؤلف - ص 54 بند 88 .

(4) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 490 .

المطلب الرابع : الحائز.

عند بحثنا في نفاذ الرهن تجاه الغير اينا انه يشترط انتقال حيازة الشيء (1) المرهون الى يد الدائن او الى اجنبي متفق عليه كما نصت عليه المواد 961 و 975 مدني و 32 تجاري .

ما يفيد ان الاصل هو ان تثقل الحيازة الى الدائن المرتهن لكن خروجنا عن هذا الاصل يجوز ان تسند الحيازة لغير الدائن . فمن يكون هذا الشخص الاجنبي الذي يصلح ان يلعب دور الحائز؟

الاصل ان كل شخص يصح ان يكون حائزا متى توافرت فيه الشروط القانونية بان كان اعلالا للالتزام .

لكن الفقه والقضاء يبيئني من هذا المبدأ بمض الاشخاص حيث لا يمتد بحيازتهم وهم :

الراهن (2) او احد تابعيه (3) وكذلك المدين بالالتزام المرهون متى كان محل الرهن ديننا في ذمة الغير (4) وايضا لا تصح حيازة مؤجر

(1) يقصد بحيازة شيء " المنصوص عليها في نص المادة 961 مدني وعبارة " المرهون " في المادة 32 تجاري كل المنقولات مادية كانت ام معنوية .

(2) السنهوري - ج 10 - فقرة 534 - ص 787 .

اشير اليه - cass.Req. 8/2/1909.S.1910.1.493
- CARBRILAC.J.C. Com. F.A. n° 41
من طرف الاستاذ :

وراجع خلاف هذا المبدأ في التشريع المصري الصادر تحت رقم 28 سنة 1928 الذي وضع بعض الاستثناءات من احكام القانون المدني الخاص بالرهن فهو يعتبر الرهن الذي يعقد لصالح بنك التسليف صحيحا حتى ولو بقيت المحصولات في مآذن المدين بشرط ان تستخدم ابوابها بالشمع وان تعلق عليها بطريقة ظاهرة الواج تحمل اسم البنك . النص منقول عن شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 422 حاشية رقم 3 .

(3) Rouen. 20/6/1883.D.P.85.25.29. et Douai 20.12.1891.
D.P.93.2.295. CARBRILAC.J.C.Com.F.A.n° 32. مشار اليهم من طرف :

(4) لان ذلك معناه ان المدين بالالتزام المرهون ان كان ديننا يجوز سند اثبات هذا الالتزام الذي عليه ، ويجرد الدائن بهذا الالتزام من وسيلة اثبات حقه .

العقار للمدين الذي توجد فيها البضائع المرهونة (1) ذلك لما تشهده هذه الحيازة من لبس وغموض يصعب معها التمييز بين ما اذا كانت الحيازة تحت يد المدين الراهن وبين حيازتها من مؤجر العقار ذاته (2) .

وهذا يتحدد لنا معنى الدائن عندما يكون شخص غير الدائن المرتهن يسمى في الشريعة الاسلامية عدلا (لذلك فضلنا استعمال هذا المصطلح (3) في البحث) .

البند الاول : اهمية حيازة العدل وشروطها .

ان حيازة العدل مرغوب فيها ان تحقق مصلحة الراهن والمرتهن معا .

اما مصلحة الراهن فتتمثل في امكانية تقرير رهون متعددة على شيء واحد ضمانا لديون تكون لدائن واحد او متعددين، كما انها تحقق للراهن الطمانينة عندما لا يشق في حيازة الدائن .

- (1) - Cass.Req.19/3/1878.
(2) - Cass.Req.11/3/1879.D.P.79.1.401.S.80.1.53.

اشير الى الحكمين من طرف الاستاذ : CARBRILAC.F.A.n° 41

- (2) والواقع اننا لا نرى مبررا لحرمان مؤجر العقار للمدين من دور الحائز في كل الاحوال، لان، اما ان تكون الاشياء المرهونة في العقار الذي اجره للمدين، وفي هذه الحالة تكون امام حيازة الراهن (وعلى الاقل فانها تظهر للغير بهذا المظهر)، وبالتالي لا يصلح ان يكون حائز، واما ان تكون الاشياء المرهونة في غير العقار الذي اجره للمدين، وفي هذه الحالة يمكن ان يكون حائزا لحساب الدائن المرتهن .
- (3) السنهوري - ج 10 - ص 787 يقول " ان العدل مصطلح في الشريعة الاسلامية ولا يكون العدل عدلا الا بتوافر الشروط الاتية : ان يعين من طرف المتماقدين وان يكون اهلا للتمهيد، فان كان الشيء المرهون تحت حيازته من قبل على سبيل الادع او الاعارة او لاي سبب اخر غير ناقل للملكية فيشترط صسدر منه قبول بان يحوز في المستقبل لحساب الدائن المرتهن وان انتقل الحيازة اليه لا يخضع لاية شكلية معينة" .

اما مصلحة المرتهن فتظهر في ان هذا الاخير يتخلص من عبء الصيانة والمحافظنة، واستغلال، الشيء المرهون ومن المسؤولة التي حمله ايها القانون (1) :

وكثيرا ما يستعمل هذا الاجراء في الرهون التجارية، مما جعل المخازن العمومية تلعب دور الحائز المتفق عليه (2) والبنوك أيضا تلعب هذا الدور تحوز لصالح زبونها الرهن سندت التي اعطيت للرهن (27) ، ونفس الوضع يقال عن البضائع التي تكون في الطريق (3) اما شروطها فان حيازة المعدل قد لا تخرج عن امرين :

1 - فاما ان يحوز الشيء المرهون اثر ابرام عقد الرهن، وفي هذه الحالة يجب ان يتفق عليه المتعاقدان وان يقبل هذا الشخص حيازة الشيء لحساب الدائن المرتهن .

2 - واما ان يحوز الشيء قبل ابرام عقد الرهن، على سبيل الايداع او العارية او الايجار او لسبب اخر غير ناقل للملكية، فلا تصح الحيازة لصالح الدائن الا بحصول هذا المعدل على سند يقضي بذلك .

ويبرى فريق من الفقهاء (4) ان هذا يتمثل في الابلاغ بعقد الرهن ويكفي ذلك لتحقيق الحيازة دون اشتراط القبول من المعدل .

-
- (1) ما سبق في البحث ص 68 وما بعدها .
(2) ما سبق في البحث ص 124 حاشية رقم 1 . (2) وراجع ايضا قانون الصفقات العمومية المنظم بمرسوم صادر بتاريخ 17/07/1967 تحت رقم 67/90 وخاصة نص المادة 99 منه التي تقضي بما يلي :
" le nautissement ne peut être effectué qu'au prés d'un établissement ou d'un groupement d'établissement Bancaire"
- GABRIEL Marty et RAYNAUD Pierre, P. 47, n° 77. (3)
- Foyer.P.70. CARBRILAC. n° 34 (4)

غير ان القضاء الفرنسي وفريق من الفقهاء الاخرين (1) يضيفان شرطا
اخر بجانب الابلاغ وهو قبول المدل بان يحوز لحساب الدائن المرتهن .
هذا ومن الجدير بالملاحظة من ان القول الذي يصدر من المدل
لا يتطلب منه ان يصدر في شكل صريح انما يكفي ان يكون ضميا متى كان
التزامه تجاه الراهن ذوا طبيعة تجارية .

اما اذا كان التزامه مدنيا تجاه الراهن فان قبوله يجب ان يثبت طبقا
لما هو مقرر في القواعد العامة للاثبات (2) .

هذا وقد يحدث ان يصدر الرهن من مالك الرقبة بالقضاء الفرنسي
يقضي بتوجيه الابلاغ للمستغل الذي ينتفع بالسند او بالشيء حيث اغتبر
الابلاغ يكفي ويحل محل الحيازة (3) ، وكذلك يرى الفقه على ان انتقال الحيازة
ليست ضرورية للاحتجاج بالرهن (في هذه الحالة) ضد الغير (4) .

-
- Cass.Civi. 3/8/1896.D.P.97.1.209 note guinée et S.97.1.85.(1)
- Cours de Paris 17/5/1935. Gaz- Pal 1935.2.503 n° 34

CARBILAC

اشار الى الحكمين السابقين

- ENCYCLOPEDIE, Dalloz, commercial, T.III, Gage n° 25.
- JEAN GUYENOT, la constitution et la réalisation du gage de valeur
Mobilières.R.T.D. Com.1961. page 280 n° 12.

CARBILAC.J.C.Com.1981.Fax.A.n°33

(2) وهو يشير

الى حكم cass.civi24/11/76.Bull.Civ.IV, n° 368.

(3) مقال دجون قينو . R.T.D.C . année 1961 (Jean Guyenot) Page 280.

- P.Lescort et R.Roblot, les effets de commerce, 1953,T.I (4)
n° 516 et suit a propos du gage de la lettre de change.

وقد يحدث ان ترصد السندات لحاملها لدى حساب جاري علي سبيل
الرهن . وما ان هذه السندات تفقد ذاتياتها بمجرد وضعها في البنك
وتصبح بالتالي مجرد مال مثلي بحيث لا يمكن تمييزها عن غيرها بازقسام
خاصة بها ، الامر الذي ادى بالفقه الي القول بان تسليم شهادة الايداع
(الوصل) (التي سلمت للمدين الراهن) من طرف المؤسسة المودعة (1) ،
يعتبر بمثابة تسليم للسندات ذاتها غير انه في هذه الحالة يوجب الفقه
ان يبلغ المدين المؤسسة المودع لديها .

وهذا نجد السندات لحاملها تخضع تارة لاحكام رهن المثقول المادي
فتتم الحيازة فيها بمجرد تسليمها تماما مثل المنقولات المادية وذلك
متى كان الحق مندمجا في السند الذي يمثله (2) .

وتارة اخرى تخضع لاحكام رهن الديون متى فقد السند ذاتيته
وانفصل الحق عن الصك المثبت له . وذلك تكون حيازة الوصل
المثبت للوديعة لا تكفي الا باقترانها بابلاغ الخائز .

(1) لقد انشا المشرع الفرنسي مؤسسة خاصة تسمى S.I.C.O.V.A.M.
Société interprofessionnelle de compensation des valeurs Mobilières

بمقتضى المرسوم الصادر في 1949/8/4 وتقوم بدور الشخص الاجنبي
المتفق عليه بين المتعاقدين ، وتحوز سندات لحساب المقرض ضمنا
للمدين الذي علي الوداع Dépositant ولم نجد ما يشا به هذه المؤسسة
في قانوننا ، ولعل ذلك راجع الي قلت التعامل بالسندات بين الافراد .

(2) هذه هي الحالة التي نصت عليها المادة 970 مدني التي تقضي بما
يلي " تسرى علي رهن المنقول الاحكام المتعلقة بالاثار التي تترتب
علي حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها "

البند الثاني : الطبيعة القانونية لحيازة الحائز .

تختلف الطبيعة القانونية لحيازة الحائز باختلاف ما اذا كان الحائز هو الدائن ام هو المعدل .

اما حيازة الدائن المرتهن فقد كفيها غالبية الفقهاء على انها حيازة قانونية بالنسبة لحق الرهن حتى ولو سلم الشيء المرهون الى المعدل (1) وذلك يكتسب الدائن حقا عينيا تبعا على الشيء المرهون يمكن ان يمارس عليه حق الاولوية وحق التتبع .

كما يجوز له ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول لكي يحتفظ بحقه في الرهن متى كان حسن النية وتلقى هذا المنقول من غير مالك .

ولا مانع من ان يكون الدائن حائزا قانونيا واصيلا عن نفسه وفي نفس الوقت يكون حائزا عرضيا عن غيره (كان يكون نائبا عن غيره من الدائنين) .

اما بالنسبة لحق الملكية فتكون حيازة الدائن دائما عرضية، ذلك ما يفرض التزامه بالمحافظة على الشيء ومنذ العناية اللازمة لصيانته حتى لا يصاب بهلاك او التلف والرد الى الراهن الشيء الذي كان محلا للرهن متى اصحست حيازته غير ذات موضوع كما سنرى (2) .

(1) د. أحمد وحيد سوار - ص 205 . علي سليمان - ص 562 و 563 . شمس الدين الوكيل ص 490 الحاشية رقم 1 . حيث يقول " ان الفقه الحديث قد استقر على اعتبار الدائن المرتهن حائزا قانونيا بالنسبة لحق الرهن في مواجهة الغير ومجرد حائز مادي بالنسبة لحق الملكية في مواجهة المالك، هذا الرأي قيل به في فرنسا بشأن الرهن الحيازي الوارد على المنقول ويصدق في مصر من باب اولى ايا كان محل الرهن باعتبار ان المشرع قد الزم الدائن باستثمار المال المرهون واكسبه بنفس صريح حقا عينيا يخول له الافضلية والتتبع، ولذلك فان صفة الحائز القانوني تصدق على الدائن المرتهن في مواجهة مالك المرهون والغير معا، ذلك على اساس ان حق الرهن تنتقص من سلطات المالك فيخول للدائن الاستئثار بالقيمة المالية للمال المرهون والا اختصاص بثمراته ضمانا للوفاء بالدين " .

(2) راجع ما سبق ص 118 وما بعدها .

اما حيازة المعدل فانها حيازة عرضية في كل الاحوال . لان المعدل لا يحتاز لحسابه بل يحوز دائما لحساب الدائن حق الرهن ، ولحساب الراهن ، حق الملكية .

وطالما ان كلا من حيازة الدائن بالنسبة لحق الملكية وحيازة المعدل بالنسبة للشيء المرهون (بما فيه من حق الرهن وحق الملكية) ما هي الا حيازة عرضية ، فانه لا يتصور لاي منها امتلاك المنقول بالتقادم او التذرع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

واخيرا ننهي هذا الموضوع ونشير من ان عقد الرهن كغيره من العقود الاخرى تنشأ بتوافق شروط في اطرافه وفي محله (في المال المرهون والالتزام المضمون) ومن ثمة فينتج اثارا بين اطرافه وعلى الغير ذلك ما سبق ان درسناه . بقي علينا معرفة كيف ينقضي عقد الرهن وما هي المشاكل التي يثيرها الانقضاء ، ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي :

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازي الوارد على المنقول

ينقضي الرهن الحيازي الوارد على المنقول ، ككل التامينات الاخرى ، اما بطريقة تامة نتيجة لانقضاء الالتزام الاصلي واما بطريقة اصلية ناتجة عن اسباب مستمدة من المرهن ذاته ، وسنوالي شرح هاتين الطريقتين في المطلبين الاتيين :

المبحث الاول : زوال الرهن بصفة تبعية .

تمهيد : الصدا المام ،

تنص المادة 964 مدني على ما يلي " ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالعقود التي تكون للذير حسن النية قد اكتسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته " .

وعندما نتامل هذا النص نسجل الملاحظات الاتية :

1 - ان النص يتناول ثلاث حالات وهي :

- أ) زوال الرهن بزوال الالتزام المضمون .
- ب) عودة الرهن بزوال سبب انقضاء الالتزام .
- ج) حماية الحائز حسن النية الذي يكون قد اكتسب حقا على الشسي المرهون خلال فترة الانقضاء .

والحالة الاولى والثانية ما هي في الحقيقة الا تدعيما وتكريسا لمبدأ التبعية التي تقررت بنص المادة 893 مدني والذي يقضي بانه لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له ويبقى في صحته وفي انقضائه مالم

ينص القانون على غير ذلك، وبطبيعة الحال انه يفترض في الحالتين وجود دين صحيح ولكنه انقضى بسبب من اسباب الانقضاء كما سنرى فيما بعد .

غير انه قد يحدث ان يكون سبب زوال الرهن يرجع لزوال سند الدين ذاته وذلك كان يدلج هذا الدين في عقد باطل في البداية او قابل للابطال وتمسك بهذا الابطال من له مصلحة فيه او كان قد ادرج في عقد معلق على شرط فاسخ، فتحقق الشرط. ففي كل هذه الاحوال يزول المقعد باثر رجعي ويزول الرهن كذلك بالتبعية (1) .

اما الحالة الثالثة (التي تقضي بحماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقا على الشيء المرهون خلال فترة الانقضاء) ما هي الا تكريسا للاتجاه العام في التشريع الذي يحمي الاشخاص الذين اعتمدوا على مظاهر معينة وتعاملوا على اساسها وهم حسني النية في كل ذلك (1) .

2 - يلاحظ على نص المادة 964 مدني بانه مطابق تماما لما نص عليه المشرع في المادة 933 مدني والمتعلقة بانقضاء الرهن الرسمي .

3 - ان انقضاء الدين المنصوص عليه في المادة 964 مدني لا يعني به الا الانقضاء الكلي (للدين المضمون) وذلك تطبيقا وتكريسا أيضا لمبدأ عدم تجزئة الرهن .

وعلى ذلك فان الانقضاء الجزئي للدين المضمون بالرهن لا يؤثر على بقاء الرهن ولو كان الشيء المرهون قابلا للانقسام او كان الدين المضمون

(1) بهذا المعنى السنهوري - ج 10 - ص 615 - فقرة 338 و ص 863 فقرة 614 .
وراجع ما سبق في البحث ص 44 و ص 51 وما بعدها فيما ثار من جدل حول زوال المقعد باثر رجعي .

بالرهن قابلاً للتجزئة (1) ، ولما كانت هذه القاعدة ليست من مستلزمات الرهن فإنه يجوز للطرف الاتفاقي على ما يخالفها .

4 - ان انقضاء الرهن بالتبعية هي تبعية مطلقة لم يرد عليها استثناء في تشريعنا .

بخلاف بعض التشريعات الاخرى الحديثة (2) التي تقضي بانه يزول الرهن بزوال الدين المضمون كقاعدة عامة لكن شروجا عن هذا المبدأ فهي تقضي ببقاء الرهن بالرغم من انقضاء الالتزام المضمون متى نشأ على نفس المدينين دين ثان لنفس الدائن . بعد انشاء الدين الاول المضمون بالرهن ، وكان هذا الدين الثاني مستحق الاداء قبل حلول اجل الدين الاول .

هذه التشريعات تقرب بهذا الاستثناء وتعطي للمرتهن حق الاحتفاظ بالشئ المرهون بالرغم من انتهاء الالتزام المضمون اصلاً بالرهن ويتراخى التنفيذ بالالتزام بالرد حتى يستوفي حقه من الدين الثاني ذلك على اساس فكرة الرهن الضمني (3) .

5 - واخيراً نريد ان نلاحظ من ان اسباب الانقضاء التي تنهي الالتزام المضمون بالرهن ما هي الا اسباب لانقضاء الالتزام بصفة عامة (دون التقادم) اي باستثناء التقادم .

(1) ما سبق في البحث ص 11 وما بعدها . سمير تناغو - ص 322 - فقرة 122 . شمس الدين الوكيل - ص 376 .

(2) نص المادة 2/1042 مدني سوري ونص المادة 2/2082 مدني فرنسي .

(3) - MAZEAUD.P.92, n°84.

- Tribunal instance.Paris, 27/4/1980.J.C.P. n°49,

1931.I.3048. nautissement.

منصور مصطفى منصور - ص 168 . عبد الفتاح عبد الباقي - ص 311 - فقرة 338 .

ذلك وان كان التقادم يعتبر سببا من اسباب انقضاء الالتزام فانه في حالة الرهن لا يسقط الالتزام به ما دام الرهن هو المدين (وليس كميل) وما دام الشيء المرهون في حيازة المرتهن . وذلك تقديرا من المشرع بان ترك المدين الرهن حيازة الشيء المرهون تحت يدي المرتهن يعتبر بمثابة اقرار ضمنى بوجود الدين ، ومن ثمة فان هذا الاقرار يقطع التقادم (1) .

وبهذا تقضي نص المادة 318 عدني بقولها " ينقطع التقادم اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا ويعتبر اقرارا ضمنيا ان يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا حيازيا تامينا لوفاء الدين " .

اما اذا كان الرهن قد قرره الكميل العيني فانه لا يكون في ذاته مانعا من سقوط الدين بمضي المدة (2) .

بعد ما ابدينا هذه الملاحظات نريد ان نتساءل الان ما هي هذه الاسباب التي ينقضي بها الالتزام وينقضي بالتبعية حق الرهن ؟

ان الاسباب التي ينقضي بها الالتزام متعددة يرجع في شأنها الى القواعد العامة . وهي الوفاء والمقاصة والتجديد والوفاء بمقابل ، واتحاد الذمة ، والابراء واستحالة التنفيذ والتقادم (3) .

(1) راجع ما سبق ص 93 و ص 100 حاشية رقم 2 من هذا البحث .

(2) عبد المنعم البدر اوى ، التايعينات العينية ، الطبعة الاولى ، مكتبة سيد عبد الله ودية (ولا ندرى مكان الطبع) ص 381 فقرة 268 .

(3) سوار - ص 250 - بند 348 . السنهوري - ج 10 - ص 616 - بند 340 . عبد

الفتاح عبد الباقي - ص 177 - بند 203 .

- Jean CARBONNIER, Droit Civil, les obligations, tome 4, 7è éd. Paris 1972. page 474. n° 126.

- ALEX WEILL, François TERRE, Droit Civil, les obligations, 2è éd. DALLOZ. 1975. Page 1012. n° 983.

ونحن لا نريد دراسة هذه الاسباب الا بقدر ما يهنا في الموضوع اما الاحكام التي تخضع اليها، فيرجع في شأنها الى القواعد العامة، ولذلك نقف حول انقضاء الالتزام بالوفاء وبالتجديد . والوفاء بالمقابل والمقاصة دون الاسباب الاخرى .

المطلب الاول : انقضاء الالتزام بالوفاء (1) . Paiement.

انه لمنهني عن البيان من انه يشترط لصحة الوفاء ان يصدر من مالك للشيء الذي يتم الوفاء به، ويكون الموفي املا للتصرف فيه (م 260 مدني) فاذا ابطال الوفاء نتيجة لعدم توافر هذه الشروط عاد الدين السي الحياة وعاد معه الرهن الذي يكفله بمرتبه القديمة، على الا يتضرر الغير بهذا الزوال، اذا اكتسب حقا على المنقول خلال فترة الانقضاء متى كان هذا الغير حسن النية (م 964 مدني) .

والاصل ان انقضاء الالتزام بالوفاء ينقضي معه الرهن الذي يضمنه .

لكن قد يحدث ان يقع الوفاء من شخص غير المدين فيحل هذا الشخص محل الدائن (حلولا قانونيا او اتفاقيا) في حقوقه وبهذا الوفاء ينقضي الالتزام على المدين دون انقضاء الرهن اذ ان الرهن ينتقل الى الموفى مع الدين المضمون بالرهن (بحكم نص المادة 264 مدني) .

(1) نص المواد 258 الى 284 مدني .

- راجع : TERKI Noureddine. Les obligations, responsabilités Civil et Régime général, Alger. 1982.P.210 à 226.

المطلب الثاني : التجديد Novation

يسرف التجديد بأنه " استبدال دين جديد بدين قديم ، فيكون سببا في انقضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد " ونشاء على ما تقدم يكون التجديد سببا لانقضاء الالتزام من جهة وفي نفس الوقت يكون مصدرا لنشوء الالتزام الجديد .

ويتحقق باستكمال كامل شروطه وهي :

1 - وجود التزامين متعاقبين الجديد منها يحل محل القديم (م 291 مدني) ونشاء يجب ان يكون الالتزام القديم صحيحا ويكون كذلك عندما لا يكون الالتزام القديم باطلا بطلانا مطلقا (1) ويجب ان يكون الالتزام الجديد ايضا صحيحا . لان بطلان هذا الاخير يودي بالضرورة الى احياء الالتزام القديم كما اسلفنا ، وطبقا لنص المادة 964 مدني فان عودة الالتزام القديم يعود معه الرهن بالتبعية .

2 - ان يكون هناك اختلاف فعلي بين الالتزام الجديد والالتزام القديم في احد عناصره (2) ويكون كذلك متى تغير محل الدين او مصدره (م 297 / 1 مدني) او تغيير المدين (م 287 / 2 مدني) او تغيير الدائن (م 287 / 3 مدني) .

(1) اذا كان الالتزام القديم قابلا للابطال فان ذلك لا يمنع من ان يكون سببا لانشاء الالتزام الجديد . لان عطية التجديد ذاتها تعتبر في حد ذاتها اجازة للالتزام القابل للبطالان - CARBONNIER.P.507.n° 135.

(2) السنهوري - ج 3 فقرة 485 - ص 815 يقول " اذا كان الالتزام الجديد لا يفاير الالتزام القديم في عنصر هام في الدين او في المدين او في الدائن فلا يعدو الامر ان يكون هذا اقرارا reconnaissance بالالتزام القديم كما هو بدون تغيير ، او اقرارا Ratification له حتى يسرى في حق الغير ، واجازة confirmation له حتى يزول البطلان او نحو ذلك ولكنه لا يكون على كل حال تجديدا " .
مراجع نفس المؤلف ، الوسيط ، ج 10 - ص 623 فقرة 349 .

3 - ان تتوافر لدى الأطراف نية التجديد (م 289 مدني) صراحة او ضمنا ، مما يستلزم توافر فيهما الاهلية اللازمة لمباشرة التصرف (1) .
والذي يهنا في الموضوع هو انه اذا كان الاصل العمام يقضي ، بان التامينات تنقضي بالتبعية بانقضاء الالتزام المضمون بها بالتجديد الا ان المشرع قد خرج عن هذا الاصل العمام بنص القانون وقضى ببقائها بالرغم من انقضاء الالتزام الذي قامت عليه ذلك متى نص القانون على ذلك كما هو عليه الشأن في انتقال التامين الذي كان يكفل الالتزام المقيّد في حساب جاري الى الالتزام الذي حل محله بمقتضى التجديد (م 2/290 مدني) .

او متى تبين من الاتفاق او الظروف بان نية الطرفين قد انصرفت الى انتقال التامينات التي تكفل الالتزام القديم الى الالتزام الجديد . وقد بين المشرع الطرق التي يتم بها هذا الاتفاق الذي ينقل التامينات من الالتزام القديم الى الالتزام الجديد وهي تختلف باختلاف صور التجديد التي نص عليها في المواد (292 و 293 مدني) لا مجال لشرحها هنا (2) .

ان يكون

غير انه يشترط الحصول الاتفاق على انتقال التامينات الى الالتزام الجديد معا صرا للاتفاق على التجديد (م 5/292 مدني) حتى يكون نافذا في حق الخير . وقد يكون الراهن شخصا اخر غير المدين (الكفيل العيني) فيجب الحصول على رضاه لكي ينتقل التامين او الضمان الى الالتزام الجديد (م 293 مدني) (3) .

-
- (1) - ALEX WEIL, F. TERRE. P. 1061. n° 1052.
(2) يرجع في الموضوع الى السنهوري ، الوسيط . - ج 3 - ص 813 وما بعدها .
- CARBONNIER. P. 506. et suit.
- ALEX WEIL et F. TERRE. P. 1061 et suit.
(3) تناغو : ص 324 . منصور مصطفى منصور - ص 162 فقرة 76 .

المطلب الثالث : المقاصة
Compensations

كما ينقضي الالتزام المضمون بالوفاء والتجديد ينقضي ايضا بالمقاصة، وتسرى في شأنها القواعد العامة المقررة بالمواد 297 الى 303 من القانون المدني .

والمقاصة باعتبارها سببا من اسباب انقضاء الالتزام تعتبر اداة فمالة للوفاء السريع المبسط المطفي للالتزامين معا . ان بها يقضى على الدينين مرة واحدة ، دون تجسيد هذا الوفاء في صورة مادية بان يدفع المدين الى دائنه اي شي ، ويستوفي بدوره منه اي شي اخر . الا من كان محل التزامه اكبر فيدفع لدائنه ما فاق به هذا الدين على الدين الاخر . لان المقاصة تقضي على كل من الدينين بقدر الاقل عنهما (م 2/300 مدني) .

وتعتبر المقاصة اداة ضمان لان الدائن الذي يستوفي حقه بواسطة المقاصة يختص ويستأثر بالدين الذي في ذمته دون غيره من دائني المدين فيستوفي حقه منه متقدما عليهم جميعا (1) فهي بهذه المثابة ليست اداة ضمان فحسب بل هي اداة امتياز وفضلية . لان الدائن الذي يكون له مدينا معسرا يحسن له اجراء المقاصة معه ، وبدون هذه المقاصة فلا يرجى الحصول على حقه . ان يتحتم عليه ان يمر بالطرق العادية للوفاء ، وهو ان يفي بالدين الذي عليه من جهة ثم يطالب بالدين الذي له في ذمة المدين ، لكن لما كان مدينه معسرا فلا يحصل على حقه كاملا ويقاسم الدائنين الاخرين قسمة الشرما .

(1) السنهوري - ج 3 - فقرة 525 - ص 874 .

اذن فيفضل المقاصة جعلت/دائنا ممتازا وان كان في الاصل، ما شوالا
دائنا عادرا . وجعلت الدين الذي في ذمته في حكم المال المرهون يكفل
له الالتزام الذي على المدين .

واخيرا ان المقاصة قد تشبهه مع بعض الانظمة الاخرى كتحقق الحبس
والدفع بعدم التنفيذ ، الا انها تختلف عنهما من انها تحقق الفرض الذي
تحققه هذه الانظمة structure وتتعداهما الى القضاء على الدين الذي
عليه قضاء كليا بالحق الذي له في ذمة دائنه (1) .

هذا ويشترط في المقاصة توافر شروط معينة بعضها نصت عليها المادة
297 مدني وهي باختصار شديد كما يلي :

1 - ان يكون هناك التقابل Réciprocité ما بين الدينين ، بمعنى انه يجب
ان يكون كل من طرفي المقاصة مدينا شخصيا للاخر وفي نفس
الوقت ذاته يكون دائنا شخصيا له . وعلى ذلك فلا يجوز للولي
والوصي والقيم والوكيل والوارث التمسك بالمقاصة بين ديونهم الشخصية
والديون التي على من يمثلونه او من ينهون عنه .

2 - ان يكون محل كل من الدينين مال مثلي نقودا كان او شيئا آخر
غير النقود ، فان كان المال المثلي غير النقود يشترط ان يكون متحد
النوع والجودة . وعلى ذلك فلا تجوز المقاصة بين دين كان محله
قنطار من القمح ودين اخر كان محله قنطار من الشعير مثلا .
ولا تجرى المقاصة بين نقود محلية وعملة اجنبية . وتحدد قيمة الشيء
بسعر السوق او البورصة او البنك (2) .

(1) بهذا الرأي : السنهوري ، ج 3 ، الوسيط - ص 875 .
CARBONNIER.P.489, n° 132.

ALLEX WEIL.F.TERRE.P.1079. n° 1075.

(2)

حاشية رقم 1 و 2 .

3- ان يكون كل من الدينين خاليا من النزاع liquidité لويكون كذلك متى كان مدققا وثابتا في زمة المدين ومعلوم المقدار وعلى ذلك فلا يجوز اجراء المقاصة بالديون الاحتمالية .

4 - ان يكون كل من الدينين مستحق الاداء Exigibilité

5 - ان يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة به قضاءً وذلك تخرج الالتزامات الطبيعية .

هذه هي الشروط المنصوص عليها في المادة 297 مدني . ويضاف اليها بعض الشروط الاخرى اضافية مستخلصة من مختلف المواد الاخرى ومنها هذه الشروط هي :

6 - ان يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه (م 4/299) ويخرج من ذلك الاموال التي لا تقبل الحجز كدين النفقة مثلا .

7 - الا يكون الشيء نزع من مالكة دون مسوغ مشروع والا يكون الشيء مودعا او مصارا (م 2/299 مدني) .

8 - ان يتمسك بالمقاصة من له مصلحة فيها (1) (م 300) .

9 - ان تقضي المقاصة الدينين بقدر الاقل منها (م 1/300 مدني) فمن زاد دينه عن الدين المقابل يبقى مدينا بهذه الزيادة تجاه دائئه .

10 - يجب الا تقع المقاصة باضرار بحقوق الغير التي اكتسبها من قبيل (م 302 مدني) .

فان توافرت شروط المقاصة هذه جاز اجراؤها بين الدينين وهما ينقضي الالتزام وينقضي بالتالي الرهن تبعاً لذلك (2) .

(1) يلاحظ ان المقاصة في القانون الفرنسي تجرى بصفة تلقائية وحكم القانون كلما

توافرت شروطها وان لم يرتضيها الاطراف . وقد انتقد هذا الموقف من طرف

الفقه . راجع في ذلك

- J. CARBONNIER. P. 489. n° 132.
- Alex. weill. F. Terre. n° 1067.
- TERKI, Les obligations. P. 248. n° 471 et 472.

(2) السنهوري ج 3 - ص 878 وما بعدها وج 10 - ص 626 وما بعدها و ص 865 .

تتاغو - بند 122 - ص 323 . منصور مصطفى منصور - ص 163 بند 76 .

ويلاحظ ان المقاصة لن تتعطل بالمهلة التي قد يحصل عليها المدين اتفقا او قضا لان وجود الحق للمدين في ذمة دائنه لدليل قاطع على امكانية الوفاء به الجفاء للدين الذي عليه (م 2/297 مدني) كما يلاحظ انه متى توافرت شروط المقاصة فيكون بإمكان من له مصلحة ان يتمسك بها ولا يهتم فيما اذا اختلف مكان الوفاء ولا مصدر الدينين (م 298 و 299 مدني) .

المطلب الرابع : الوفاء بالمقابل . Dation en paiement

تنص المادة 285 مدني على ما يلي : " اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا ، استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء " .

ويستفاد من هذا النص ان مقابل الوفاء ، يعتبر سببا من اسباب انقضاء الالتزام متى توافرت شروطه وهي :

1 - ان يحصل اتفاق (1) بين الدائن والمدين او الغير (2) يقضي بنقل ملكية الشيء الاخر الى الدائن يقوم مقام الوفاء الاصلي ويستعويض عنه .

2 - ان يتم فعلا نقل ملكية الشيء الذي حل محل الالتزام الاول الشيء الدائن حيث لا تبرأ ذمة المدين الا باتمام نقل ملكية ذلك الشيء .

والذي يهمننا في الموضوع هو الاختلاف الذي ثار بصدد تكييف القانوني للوفاء

بالمقابل ، ان يعتبره القانون الفرنسي القديم على انه نوع من الوفاء - UN Modèle de paie- ment . وبالتالي فينقضي الالتزام وكأنه انقضاء عن طريق الوفاء (3) .

(1) تنص المادة 276 مدني على ان الدائن لا يجبر على قبول شيء غير الشيء المستحق له اصلا ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة او كانت له قيمة اعلى مما يفيد من ان نص المادة 285 مدني الذي يستلزم قبول الدائن ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة المقررة بنص المادة 276 مدني .

(2) السنهوري ، ج 3 ، الوسيط ، ص 798 حاشية رقم 1 .

(3) السنهوري ، ج 3 ، الوسيط ، ص 803 فقرة 479 .

أما الفقه فيرى جانب منه على أنه يسمع ومقابلته نحو الدين الذي على المدين وينقضي الالتزام طبقاً لأحكام المقاصة (1) أما الجانب الآخر من الفقه وهو الراجح (2) فيرى بأنه عمل مركب بين تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية (3) ، ونحن نفضل هذا الرأي الأخير لموافقته لمنطق التشريع الذي نص عليه في المادة 286 مدني التي تقضي بما يلي " تسرى أحكام البيع ونصوصها ما يتعلق منها بأهلية الطرفين وضمن الاستحقاق ، وضمن التسيب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلته الدين وتسرى عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات فبناءً على هذا الرأي :

- فإن الوفاء بالمقابل (باعتباره تجديداً ، بتغيير محل الدين الأصلي بمحل جديد هو مقابل الوفاء) يقضي على الالتزام القديم بما يكلفه من التأمينات ويحل محله الالتزام الجديد ، ويترتب على ذلك أنه لو زال سبب الانقضاء بسبب من الأسباب كان يكون السبب نتيجة تقديم المدين شيئاً كمقابل للوفاء الأصلي وهو لا يملكه (هذا الشيء) فيستحق في يده السداد (م 260 مدني) ؛

فلا يجوز الالتزام الأصلي الحياة ولا تفوذه معه التأمينات ،

-
- (1) السنهوري، ج 3، الوسيط، ص 802 - ف 478 .
 - (2) السنهوري ج 3 ، الوسيط، ص 805 فقرة 480 ؛
 - (3) شمس الدين الوكيل، ص 382 بند 125 . السنهوري، ج 3 ، الوسيط، ص 802 وما بعدهما . منصور مصطفي منصور، ص 163 بند 76 .

التي تكلفه ذلك خروجاً عما تقرره القاعدة العامة في الإنهاء
التي تقضي بعودة الالتزام المضمون الى الحياة مع التامينات التي
تكلفه بصفة تلقائية متى زال السبب الذي انقضى به الدين (م 96 مدني)
والذي يهتماً في الموضوع هو اظهار الامة القانونية التكييف القانوني
للوفاء بالمقابل بالنسبة لموضوعنا الذي هو انقضاء الرهن، ولما كان
الفقهاء الذين قد انتهى اليه القول بان الوفاء بالمقابل هو عمل
مركب ومزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية (1) فبطبيعة
الحوال يتوجب على هذا التكييف بالنسبة لموضوعنا النتائج الآتية (2):

- 1 - اذا زال سبب انقضاء الالتزام باستحقاق الوفاء بالمقابل
فلا يعود الالتزام الاصلي ولا يعود التامين الذي كان
يكفله. ذلك لان الدين الاصلي والتامينات التي معه
تكون قد انقضت بالتجديد.
- 2 - في حالة ما اذا تعدت الديون من جنس واحد في
ذمة المدين وكانت لنفس الدائن، وما قدمه المدين
لا يفي بهذه الديون جميعها، يكون له حق تعيين
الدين الذي يريد انهاءه عند الوفاء بدفع مقابلته
(م 279 مدني) وانما لم يعين يقضي على الدين الذي
حل اجله ثم الدين الاشد كلفة على المدين (م 280 م)
فان تعادلت في كل هذه الاوصاف (في الحلول والكلفة)
كان للدائن الاختيار في تعيين الدين الذي استوفى
مقابلته.

(1) السنهوري، الوسيط، ج 3، فقرة 480.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 10، فقرة 348.

3 .. ان الدفع بمقابل الوفاء لدين لا وجود له تدابق عليه احكام الدفع غير المستحق وليس احكام نقل الملكية ومن ثمة فلا يرجع المدين بمقدار الدين ولكنه يبالغ الدائن باسترداد المقابل الذي دفعه عن طريق دعوى استرداد غير المستحق المقررة للمدين بنسبة المادة 143 مدني التي تنص على انه "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده" على ان ترفع هذه الدعوى قبل نهاية العشر سنوات من اليوم الذي يتبين للمدين بانه قد دفع مقابلا لدين لا وجود له (م 149 مدني) .

4 .. واعتبار الوفاء بالمقابل وفاء يكون لدائني المدين ان يدعوا بعدم سريان التصرف في حقهم عن طريق الدعوى البوليمية متى توافرت شروطها (م 191/192 مدني) .

وهذا القدر كفاية في عرض اسباب زوال الالتزام وبالتالي زوال الرهن بصفة تبعية .

فنتطرق مباشرة الى الموضوع التالي الذي نتناول فيه اسباب زوال الرهن بصفة اعلية .

المبحث الثاني : انقضاء الرهن الحيازي الوارد على المنقول بصفة اعلية .

لقد عدد المشرع الاسباب التي بها ينقضي الرهن الوارد على المنقول بصفة اعلية بنسبة المادة 964 مدني (وهي تشمل (في الحقيقة) الرهن الحيازي سواء كان محلله منقولا ام عقارا) وحصرها في اسباب ثلاث وهي :

.. التنازل عن حق الرهن .

.. واتحاد الذمة .

.. وهلاك الشيء المرهون .

وتساير المشرع في دراستنا لهذا الموضوع بنفس التقسيم

والترتيب .

المطلب الاول : التنازل عن حق الرهن .

ان استمكك الدائن المرتهن شروط اهلية الابراء من الدين
المضمون به (1) يجوز ان يتصرف في هذا الدين كما شاء وعلى ذلك
يجوز له ان يتنازل عن رهنه او ضمنا عن حقه في الرهن، وهذا
التنازل يتم بإرادة الدائن المرتهن المنفردة دون اشتراط الحصول
على قبول الراتب .

(1) عبد الفتاح عبد الباقي - ص 312 بند 340، يقول " ويشترط
إحالة نزول المرتهن عن الرهن، ان يكون متمتعاً بأهلية
الابراء من الدين المضمون به، لانه قد يشترط على هذا
النزول عدم تمكن المرتهن من اقتضا دينه " .

ويذهب الى نفس المعنى الاستاذ السهوري ج 10 - خر 872،
فقرة 721 الذي يقول ان الاهلية اللازمة للنزول عن الرهن
هي اهلية التبني ما يستلزم من المرتهن بلوغ سن الرشد،
وان التصرف الذي يصدر من القاصر ومن كان في حكمه
يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما لا يجوز للولي والوصي والقيم
ان يمارس هذا التصرف ولو باذن المحكمة .

وبالبيعة الحال ان التنازل الضمني قد يستفاد من ظروف
الحال او من سلوك المرتبهن نفسه، على ان تكون هذه الظروف
واضحة تظهر فيها نية المرتبهن في النزول لا تحتمل لبسا او غموضا .
ولصحة اكتشاف هذه النية من ظروف الحال فقد اعطى
لنا المشرع مثالين قدر فيهما بيان الظروف الذي تم فيه التنازل
يفسد على ان المرتبهن يريد التخلص من هذا الحق بتركه .

فرتب عن هذين الطرفين الطرفين قرنتين قانونيتين بسيطتين
على افتراض النزول .

... الطرف الاول هو ما نص عليه في المادة 952 مدني الذي
يقضي بان مرد توافر واقعة الرجوع المرهون التي حيازة الرهن
تفسد على ان المرتبهن قد تنازل عن حقه في الرهن ورتب عن
هذه الواقعة انقضاء الرهن (1) .

... اما الطرف الثاني : هو ما نص عليه في المادة 965 مدني
التي تقضي على انه يجوز التنازل ضميا بتخلي الدائن باختياره
عن الشيء المرهون او من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ (2) .

هذا وخلافا للقاعدة العامة في الاثبات التي تقضي بان البينة

(1) ونحن لنا رأي خاص في الموضوع - راجع ما سبق ص 130 .
عاشية رقم 2 - و ص 11 عاشية رقم 1 .

على من ادعى، فان المشرع قد اقام، من واقعة التغلي عن الحيابة ورسوعها الى الراهن ومن واقعة اتخاذ المرتهن موقفا سلبيا في عدم الاعتراض على الدراف الذي يجره الراهن على المرهون. قرينة بسياسة على ان المرتهن ينوى النزول عن حقه في الرهن. وعليه لا بد من هذه القرينة باثبات عكسها. والفقهاء يتيسر على عدلين المثالين الذين اعطاهما المشرع، بنص المواد 952 و 965 مدني الاوضاع الاخرى حيث يستخلص منها قرينة النزول عن الرهن. منها واقعة اشتراك الدائنين للمرتهن للملح، مع دائنيه الاخرين في تسادل الراى بشان انشاء عقد الملح (فجرد الاشتراك في هذه المناقشة يكون قرينة النزول عن الرهن ولو لم يتم الملح فعلا (1) . ومنها ايضا واقعة التوقيع على محضر الملح الذي نصت عليه المادة 320 تجارى.

وهل اية حالة فان النزول المريح او الضمني متى تحقق لا يمكن ان يسودى الى الاضرار بحق الغير الذي اكتسبها متقا على المرهون الا اذا اقر هذا التنازل من هذا الغير نفسه، وقد تحدث هذه المسورة التي تضر بحق الغير متى رهن الدائنين المرتهن الدين المضمون بالرهن للغير. ثم نزل عن الرهن الذي كان ضمن الدين المرهون فلا ينبغي ان يكون هذا النزول مضرا بالذير الذي تلقى هذا الدين مثالا بالرهن يدعم ضمانه .

وايتضح لنا الامر بنورد المثال التالي :

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ... ص 179 بند 205.

احمد له دين مضموناً برهن علي ذمة محمد ورهن احمد
هذا الدين المضمون بالرهن الي عمرو (1) .

ثم تنازل احمد عن حقه في الرهن لفائدة محمد فالاعل
ان بهذا التنازل يتحرر محمد من الرهن الذي عليه لكن لما
كان الدين المضمون بالرهن قد رهن بدوره بتأمينات التي تضمنه
لشخص ثالث وهو عمرو . فلا ينبغي ان يتحرر عمرو هذا من التصرف
الذي صدر من احمد ولا يسرى التصرف على عمرو الا اذا اقتصره
هو ايضاً .

وسلي ذلك فان محمد يبقى تامناً بالعين للدين المرهون
لدى عمرو بالرغم من التنازل الذي صدر من احمد ذلك لتعلق حق
عمرو به .

هذا هو المقصود بحبارة " الشيء المثل بحق تقرر لمصلحة
الغير " التي نص عليها المشرع بالمادة 965 مدني التي تنص على
ما يلي " غير انه اذا كان الشيء مثقلاً بحق تقرر لمصلحة
الغير فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الا برضائه " .

المطلب الثاني : اتحاد الذمة .

يعتبر اتحاد الذمة سبباً من اسباب انقضاء الرهن بصفة
اصلية بنسبة القانون (م 2/965 مدني) ذلك لزوال العلة فسي الرهن ،

(1) لاحظنا ان عمرو قد تلتى من احمد الدين المضمون بالرهن
حيث احل محل احمد شيء حقه واصبح مرتباً مكان احمد
تباه محمد .

بذويان المال المرهون في ذمة المرتهن، او بذويان وانصهار الدين المضمون في ذمة الراهن، او بانتقال ملكية الدين المضمون والمال المرهون الى شخص ثالث (دون الراهن والمرتهن) عن طريق الشراء مثلا .

ويتحقق المثل الاول اذا اشترى المرتهن العين المرهونة فينصهر المال المرهون في مال المرتهن ويصبح مالكا لحق الرهن والعين المرهونة معا .

ويتحقق المثل الثاني فيما اذا اشترى الراهن الدين المضمون بالرهن وتقبل ملكية الدين هذا صح التامينات التي تكفله الى الراهن فيصبح بعد ذلك مالكا للدين والذمان الذي يكفله .

ويتحقق المثل الثالث في شراء شخص اجنبي العين المرهونة من مالكيها (مدين كان ام كفيلا عينيا) والدين المضمون بهذه العين فينصهر المالتان في ذمة مالكيهما الجديد وهو الشخص الاجنبي .
ففي هذه الامثلة الثلاثة تتعد الذمة وينقل حق الرهن الحيازي .

ونسي عن البيان ان اتحاد الذمة لا يؤثر على حق الذير الذي اتسب على المرهون قبل عملية الشراء . فان طابقتا مثالنا السابق الذي احايناه بشأن النزول عن حق الرهن (1) بان حدث ان احمد قدم رهنا يتمثل في الدين المضمون بالرهن (الذي كان هو حق له في ذمة محمد الراهن) لعمره ثم اشترى احمد من محمد العين المرهونة (المتمثلة في الدين) التي كانت تضمن الدين المرهون عند عمرو .

(1) ما سبق ص 167 .

فلا ينبغي ان يتضرر عمرو من هذا الشراء، وبالتالي تبقى العين المرفوعة غامضة للدين المرشون لدى عمرو ولو انتقلت ملكيتها الى احمد (1) كل ما في الامر نسي هذه الحالة يصبح احمد رهننا مرتين مرة بالعين ومرة بالدين وعمر يكون مضمونا مرتين اينما بالدين وبالدين.

هنا ما تقضي به المادة 2/965 مدني حيث جعلت من احد الاسباب التي ينقضي بها حق الرهن العياري هي حالة اجتماع حق الرهن العياري مع حق الملكية في يد شخص واحد، مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الاولى من نص المادة المذكورة التي تحفظ حق النير كما شرحنا.

ويلاحظ ان عبارة "اتحاد الذمة" التي اعتمد الفقهاء استعمالها ليست دقيقة لان الامر لا يتعلق باتحاد الذمة وانما يتعلق بالحقوق عنصر فقط من عناصر الذمة التي ذمة اخرى.

كما يلاحظ ان اتحاد الذمة هذه قد يتحقق بسدون القضاء على الرهن ذاته ويحدث ذلك عندما يكون من انتقلت اليه ملكية الشيء عن طريق الشراء للدين المضمون بالرهن (الكفيل العيني مثالا) قد استبقى الرهن على الدين المشتراة (وهو الدين) ولو كان هو الشارون، تحقيقا لمصلحة قانونية في استبقائه كان يريد بيع هذا الدين الذي اشتراه بال ضمان الذي يكفله (2).

(1) يلاحظ في هذه الحالة يبقى عمرو مرتين لنا لكن تجاه احمد

بدلاً من محمد - رابع ما سبق - ص 167 في هذا البحث.

(2) السنيوري - ج 10 - فقرة 624 و 627.

لذمن اذا زالت ملكية هذا المشتري لسبب من الاسباب بالفسخ او بالبطلان ينزل اتحاد الذمة باثر رجعي ويحود الرهن الذي صاحبه بمرتبه الاصليه دون اخلال بحقوق الغير حسن النية التي ترتبت في الفترة التي حدث فيها اتحاد الذمة طبقا للقواعد العامة.

المالب الثالث : هلاك الشيء المرهون .

الهلاك ايضا يعتبر سببا من اسباب انقضاء الرهن بصفة اعلية بحكم الفقرة الثالثة من نص المادة 965 مدني .

وتطبقا لهذا النص يشترط ان يكون الهلاك هلاك كليا لكي ينقضي الرهن به، اما الهلاك الجزئي فلا يقضي على الرهن بل يبقى على ما بقي من الشيء ويكون ضامنا لكل الدين، تطبيقا لقاعدة عدم التجزئة في الرهن (1) ونعني بالهلاك معناه الواسع حيث يشمل الهلاك المادي للشيء ويشمل الهلاك المعنوي والتانوني كسحق ملكية الشيء للضمانة العامة بواسطة التأمين مثلا .

هذا والهلاك قد يقع بغضها من الراهن نفسه، وهنا اذا ما دفع تأخير بسبب هذا الهلاك انتقل الرهن من الشيء المرهون الى مبالغ التأمين، وفقا لتأمدة الحلول العيني .

اما التحويل الذي يقدمه الراهن المخطيء، فعلى العكس على ما يراه البعض (2) من ان الراهن ملزم به بل يجب الرجوع هنا الى ما نصت عليه المادة 899 مدني التي تمنح للدائن المرتهن حق الاختيار بين تقديم الدين تأمينا كافيا او يستوفي منه حقه نورا .

(1) ط سبق ص 11 بند رقم 3 في البحث .

(2) رار ص 201 بند 353، الشهرية، ج 10 - ص 878 بند 630 .

عبد الفتاح عبد الباقي ص 314 بند 342 - منصور مصطفى منصور

ص 163 بند 76 .

أما إذا وقع الهلاك بخلط السدائن أو النير فبإيعة الحال ان من شأن سببا نفسي الهلاك يكون مسوؤولا وليس بالتالي بالتعويض سابقا التواعد العامة نفسي المسؤولية فان تحقق هذا التعويض انتقل الحق نفسي الرهن السو هذا التعويض .

أما إذا وقع الهلاك بقوة قاهرة أو حادث فجائي أو حتى بسبب مرسول فهنا ينبغي التمييز بين حالة وقوع هلاك الشيء المرهون تحت حيازة الراهن (كأن لم يسلمه الراهن بعد ، أو سلمه المرتهن ثم رد المرهون السو الراهن بسبب من الأسباب التي يسمح بها القانون) ، ففي هذه الحالة تقع تبعة الهلاك على الراهن طبقا .

وبين وقوع الهلاك للشيء تحت حيازة المرتهن، ففي هذه الحالة قد سبق ان كنا ابيحنا التزام المرتهن بالمحافظة وقلنا انه التزام بذائية، فمجرد هلاك الشيء بين يده تقام قرينة قاطعة عليه بانه مختلي ولا يتخلص من هذه المسؤولية الا بتدليس العلاقة السببية كأن يثبت ان الهلاك وقع بفعل القوة القاهرة مثلا (1) وتسمى افليح نفسي دفع هذه المسؤولية نقل تبعة الهلاك على مالكه .

ولذلك فاننا لا نتفق مع من يقول (1) (بأن الهلاك بالقسوة

القاهرة أو القضاة والقدر لا يكون احد مسوؤولا عن التعويض - ان ان القاصدة العامة تقضي بان تبعة الهلاك في القوة القاهرة تكون على المالك .

(1) الاستاذ السنهوري - ج 10 نقرة 630 يقول ما يلي * وان كان

السبب هو القوة القاهرة أو القضاة والقدره لم يكن احد مسوؤولا عن التعويض فلا يدفع التعويض .

ما سبق في البحث ص 27 وما بعدها .

والمشروع لما عالج الأمر بنص المادة 2/899 (التي احالتها اليهها المادة 2/954 مدني) الذي يقضي بما يلي " اذا نشأ الهلاك او التلف عن سبب لا ينسب الى الدائن ولم يقبل الدائن بقاء الدين بهذا التأمين فللمدين الخيار بين ان يقدم تأميناً كائساً او ان يوفى الدين فوراً قبل حلول الاجل " .

انه عالج الامر على ضوء القاعدة العامة التي تعكس تبعاً الهلاك . فقرر بهذا النص انه في حالة الهلاك الذي لا ينسب الى الدائن كالتقوية القاهرة مثلاً .

يتكون للدائن الخيار بين بقاء الدين بألا تأمين او يستوفي الدين فوراً قبل حلول الاجل ، ففي حالة ما اذا كان قد اختار هذا الدائن استيفاء حقه فوراً قبل حلول الاجل كيف نفسر التزام المدين بالوفاء بالمدين قبل حلول اجله وهو ليس له يد في ضمان الشيء ، ^{على} اليس اساساً ان الهلاك يقع على المالك؟ نعم ان الرهن لا يالجب بالتحويل في هذه الحالة، لكن التزامه بتقديم تأمين اشتر او الوفاء بالمدين فوراً ما هو الا اجراء يقيم مقام التحويل (1) .

الدالب الرابع: التنفيذ الجبري .

لم ينص المشرع في الوصن الخياري عما اذا كان البيع الجبري ينهني الرهن . كما نص عليه بشأن الرهن الرسمي (م 936 مدني) والاعمل ان في الرهن الخياري الوارد على المنقول لا ينقضي بالبيع الجبري (2) لان المرتهن هنا يحتمى بقاعدتين اولهما انه يحتمى بحق

(1) شمس الدين الوكيل - ص 389 بند 129 .

(2) عبد الفتاح عبد الباقي - ص 319 بند 344 - شمس الدين الوكيل

ص 563 بند 208 . منصور مصطفي منصور ص 258 بند 140 و بند 132
ص 251 و 252 . طازو - ص 92 بند 85 ماتير وراينوه ص 62 بند 105 .

الخبير، المذخور له بموجب حق الرهن تجاه الراعي عليه الميزاد حتى يستوفى حقه كاملاً، أو يحقه في الخبير المذخور له بالقواعد العامة. وبجانب هذا فإنه يتخذ بقاعدة الحيابة في المذخور سند العائز غير أنه يستثنى من هذا الأصل الأوضاع التي يتنازل المرتهن عن حقه في الخبير كان يتخلى عن الحيابة بمراحة أو ضمناً (1) بإرجاع الشيء المرهون إلى الراهن أو يباشر التنفيذ بنفسه على المرهون بالبيع في الميزاد العلني (2) لأنه لا يتصور في هذه الحالة أن يقرر المرتهن بيع هذا الشيء في الميزاد ويحتج بحق الخبير تجاه من رعى عليه الميزاد).

كذلك يستثنى من هذا الأصل الأحوال التي نص عليها القانون بأن التنفيذ الجبري ينهي الرهن كان يباشر التنفيذ على المرهون من طرف دائن آخر سابق له في المرتبة أو كان طالب البيع وكيل المفلسة أيضاً لما تقرر له بنص المادة 293/تجاري.

غير أن المرتهن في هذه الحالة وإن كان يفقد حق الرهن بالبيع إلا أنه ينتقل حقه بالانفضالية إلى الثمن ويتقدم على كل دائن آخر صاحب امتياز لا كما رأينا عند دراسة حق الخبير وحق الأنفضالية. وهكذا تنتهي من دراسة القواعد العامة التي تحكم رهن المنقول سواء

أكان المال المرهون مادياً أم معنوياً وسواء أكان الرهن مدنياً أم تجارياً، وبجانب هذه الدراسة هناك أحكام خاصة تختلف باختلاف مال المرهون كما تختلف باختلافبيعة الرهن، ذلك ما سنحاول دراسته في القسم الثاني من هذا البحث تحت عنوان "الأحكام الخاصة لرهن المنقول الحيابة".

(1) ما سبق ص 99 بند رقم 1 حيث أشرنا من أن حق الخبير يرتبط بالحيابة وجوداً وعدماً.

(2) الأستاذ نصرة ملاحيدرة، بارق التنفيذ الجبري وأجراءات التوزيع دمشق ط 1966 عن 308 ف 283. وراجع ما سبق في البحث ص 104 في اتجاه القضاء الفرنسي رأينا في الموضوع في ص 108 وما بعدها.

التقسيم الثاني

الاحكام الخاصة برهن المنقول الحيّزى

تختلف احكام الرهن من حيث شروط نشوئه واثباته ونفاذه باختلاف طبيعة المال المرهون (ماديا ام معنويا) وصفة الرهن (مدنيا ام تجاريا) وبناء على هذا الاختلاف توخينا في دراسة هذا الموضوع الخطوة التالية:

الباب الاول

القواعد الخاصة بالمنقول المادى

الفصل الاول : في كيفية انشاء الرهن وثبوته

... المبحث الاول : الرهن المدنى .

... المبحث الثانى : الرهن التجارى .

... المطلب الاول : تعريفه .

... المطلب الثانى : اثباته .

... الفصل الثانى : الرهن النامى عن العمل المختلط .

الباب الثانى

رهن المنقولات المعنوية

الفصل الاول : رهن المنقولات المعنوية .

... المبحث الاول : طبيعتها وحلها .

... المطلب الاول : الطبيعة القانونية لرهن الديون العادية .

... المطلب الثانى : الديون القابلة للرهن .

... المبحث الثانى : شروط نفاذ الرهن (تجاه المدين والنير) .

... المطلب الاول : في الرهن المدنى .

... المطلب الثانى : في الرهن التجارى .

الفصل الثانى : رهن القيم المنقولة (او السندات) .

... المبحث الاول : رهن السندات الاسمية .

... المطلب الاول : مفهوم وخصائص القيم المنقولة واهمية رهنها .

... المطلب الثانى : رهن السندات الاسمية في التشريع الجزائرى .

... المطلب الثالث : الشهادات المثبتة لقيود السهم المتنازل عنه في سجل

الشركة .

- ... المبحث الثاني : رهن بعض الحقوق الاخرى التي لها صلة بالسهم .
- ... المطالب الاول : رهن الوعد بالسهم .
- ... المطالب الثاني : رهن حق الانتفاع بالسهم .
- ... المطالب الثالث : موقفنا من الجدل الذي ثار في الموضوع .
- ... المبحث الثالث : رهن السندات الاذنية .
- ... المطالب الاول : رأى الفقيه .
- ... المطالب الثاني : رأى القضاء الفرنسي .
- ... المطالب الثالث : موقفنا من هذا الجدل .

الباب الثالث

التنفيذ على المرهون عند عدم الوفاء

الفصل الاول : التنفيذ على الرهن المدني

- ... المبحث الاول : البيع الجبري .
- ... المطالب الاول : يشترط الحصول على اذن من القاضي لاجراء البيع .
- ... المطالب الثاني : يشترط ان يجرى البيع بالمزاد العلني او بالسحر الرسمي .
- ... المبحث الثاني : طلب تملك الشيء المرهون من طرف القاضي .
- ... المطالب الاول : شروط تملك المرهون .
- ... المطالب الثاني : كيف يستوفي الدين المرهون الذي حل اجله قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن .

الفصل الثاني : التنفيذ على الرهن التجاري

- ... المبحث الاول : التنفيذ بالبيع الجبري .
- ... المطالب الاول : يجب على الدائن ان يبلغ المدين او وكيله الصيني .
- ... المطالب الثاني : يجب على الدائن ان يباشر التنفيذ على المرهون بعد مرور 15 يوماً .
- ... المطالب الثالث : يجب اجراء البيع بالمزاد العلني .
- ... المبحث الثاني : نال من المحكمة بان تملك له الشيء المرهون .
- ... المطالب الاول : الجدل الفقهي الذي ثار حول موضوع تملك المرهون في الرهن التجاري .

- ... المطلب الثاني : مرقننا من هذا الجدل •
- ... المبحث الثالث: شراء تملكه او بيع المنقول المرصون دون اجراءات
(استقام من تركيبة)
- ... المطلب الاول : شراء بيع المنقول بدون اجراءات •
- ... المطلب الثاني : شراء تملك المنقول عند عدم الوفاء •
- ... المبحث الرابع : الخاتمة •

القسم الثاني /

الاحكام الخاصة برهن المنقول الحيازي

الباب الاول القواعد الخاصة بالمنقول المادي

الفصل الاول

في كيفية انشاء الرهن وثبوته

المبحث الاول : الرهن المدني الوارد على المنقول المادي .

سبق ان رأينا من خلال الأحكام العامة ان الحيازة تعثر شرطاً عاماً لتنفيذ اي رهن في حق الغير (مادياً كان ام معنوياً مدنياً كان ام تجارياً) وبجانب هذا الشرط العام استلزم المشرع في الرهن المدني الوارد على المنقول المادي تدوين عقد الرهن في محضر عرصري ثابت التاريخ وفق القواعد العامة (1) ويشترط ان يثبت هذا التاريخ قبل تعلق حق الغير بالشيء (2) .

(1) المادة 328 مدني و 1925 و 1951 . D. Civ. 18/6/1950 - NANCY. 17/1/1888. D. P. 93. 2. 158.

(2) ان المقصود بالغير الذي يتلعب تدوين الرهن في ورقة عريفية ثابتة التاريخ للاحتجاج بحده هو كل من كان غير ممثل في التصرف الذي تشهد به الورقة، وعلى انه لك قد يميز من الاصيل بالوارث والدائن المادي لا يعتبرون من الغير، والعكس يعتبر من الغير الخلف الخاص (وهو كل من انتقل اليه من الطرف مال معين بالذات ويسرى في حقه) ويلحق بالخلف الخاص الدائن الحاجز .

السنهوري ، الوسيط ، ج 2 - ص 218/219 .

وبالتالي، ان المشرع لم يميز بين المال المرهون الذي لا يتجاوز قيمته 1000 دج والمال الذي يتجاوز هذه القيمة، من حيث اشتراط الكتابة (م 969 مدني) على خلاف ما سار عليه في القواعد العامة في اثبات الالتزام (م 333 مدني) الامر الذي يثير التساؤل عما اذا كانت الكتابة مفروضة حتى في الرهنون التي لم تبلغ قيمتها الحد القانوني المقرر في القواعد العامة والمشار اليها اعلاه.

وامام اطلاق النص اختلف الفقهاء في تفسيره، ان يرى البعض منهم (1) ان الكتابة الثابتة التاريخ تكون لا زمة حتى في الرهنون التي لم تتجاوز قيمتها الحد القانوني الذي فرضه المشرع في اثبات الالتزام.

اما البعض الاخر من الفقهاء، يرون من ان الكتابة الثابتة التاريخ غير لازمة متى كان كل من الدين المضمون والمال المرهون لا يتجاوزان الحد القانوني الذي تنص عليه القواعد العامة في اثبات (2).

وبناء على هذا الرأي فان الكتابة تكون واجبة فحسب عندما يكون الالتزام المضمون او المال المرهون او كلاهما يتجاوز الحد المقرر قانونا.

(1) محمد الدين الركيل، ص 496، السهري ج 2، الاثبات، ص 236.

(2) - GABRIEL et RAYNAUD.P.50

" La rédaction d'un écrit et la date certaine sont unitiles lorsque ni la créance garanti ni la chose donnée en gage n'exédent pas la valeur prévue par l'article 2074/2Civil"

وايضا بهذا المعنى يقول الاستاذ مازو MAZBAUD المرجع السابق ص 77- ف 71 ويقول ان القضاء يستوجب الكتابة في رهن المنقولات المجنوية مهما كانت قيمتها، بخلاف المنقولات المادية، لان نص المادة 2075 مدني فرنسي لا يتضمن اي تحفظ في هذا الصدد.

ومن فضل هذا الرأي الأخير، ذلك لأن المشرع لما قرر
الحمد الأدنى الذي يتطلب فيه الكتابة لاثبات الالتزام (بنص المادة
333 مدني) قد أدخل في الاعتبار البنية الاجتماعية في بلدنا
والعلاقات التي تحكمها، حيث أنها تستند كثيراً على الثقة في
المعاملات حتى وإن كان التصرف ذا طبيعة مدنية، على نحو يختلف
تماماً عما هو عليه المجتمع الأوربي مثلاً، أو بعض المجتمعات الأخرى.

ولهذه فنيقي أن ينظر إلى الرهن من زاويتين :

1 - على أنه التزام بذاته، فيشترط تدوين عقد الرهن في
محضر ثابت التاريخ متى تجاوزت قيمة الرهن الحد القانوني
حتى لو كان الالتزام المضمون بالرهن أقل من هذا الحد .

2 - على أنه التزام تحمي، فيشترط فيه الكتابة أو بعض منها
بموجب الأحوال، كلما اشترطت أو لم تشترط في الدين المضمون
وهم هذا تتحقق رغبة المشرع وتتسق النصوص المقررة في القواعد
العامة للإثبات مع تلك التي وردت في رهن المنقول .

ولا غرابة في اشتراطنا كتابة عقد الرهن الذي تجاوز قيمة
المال المرهون الحد القانوني بالرغم من أن الالتزام المضمون لم
يتجاوز هذا الحد، ذلك لأننا نظرنا إلى عقد الرهن من زاوية
أنه التزام بذاته والدور الذي تلعبه الكتابة في الرهن . فهي
بموجب قواعد ائبات أنها قاعدة أشهر وأعلام للغير بهذا الرهن
لكي يسره، عليه .

وإذا كانت تصرفات المدينين يحتاج بها على الغير أن كان دائناً عادياً

بدون اشتراط تدوين الدين الذي على المدين في محضر ثابت التاريخ .

فإن الرهن لا يسرى غي مواجهة نفس الغير إلا إذا ابرم في عقد ثابت التاريخ ، ذلك حماية للغير من ان يحابي المدين احد دائنيه بتسريسه له حق رهن وهو غير مستحق (1) او يبرم عقد الرهن غي السروف كان فيها المدين فاقدا اهليته .

والاشارة الى ذلك عن الكتابة الثابتة التاريخ يحدد بها مرتبة الرهن ان كانت رهونات متعددة على المال المرهون (2) . ومن هنا تنبأنا لنا اهمية الكتابة غي الرهن والدور الذي تلعبه . لذلك نرى اغفاء الرهن من الكتابة في حالة واحدة فقط وهي عندما يكون المال المرهون ^{والالتزام المبرم} اقل من الحد القانوني المضمون عليه في المادة 333 مدني .

اما الحالات التي تكون قيمة هذا المال مساوية او اعلى من الحد القانوني المذكور فيشترط فيه الكتابة الثابتة التاريخ ولا يهم بعد ذلك مدى قيمة الالتزام المضمون .

ومتى كتب العقد يجب تبين المبلغ المضمون بالرهن فيه والعين المرهونة بياناً كافياً بحيث يكون هذا التبيان نائياً للجهاالة ومحققاً للغاينة منه وهو تمكين الغير من التعرف عليه ويكفي للقاضي سلطة تقديرية في توافر هذه الشروط (3) .

-
- (1) الوكيل ، ص 496 .
 - (2) المادة 969 مدني ، وراجع GABRIEL et RAYNAUD.P.51 .
 - (3) ما سبق ص 53 وما بعدها في الالتزام المضمون .

المبحث الثاني: ب) الرهن التجاري الوارد على المنقول المادي (تعريفه واثباته).

المطلب الأول: تعريفه.

قبل ان نتطرق الى الاعتراف الخاصة التي تنطبق على رهن المنقول المادي التجاري، ينبغي علينا ان نشير باختصار الى الخلاف الفقهي الذي دار حول تعريفه، فيرى البعض من الفقهاء وهم الاغلبية بأن الرهن يعتبر تجاريا متى انعقد ضمانا لدين تجاري بالنسبة للمدين (اي ان الصفة التجارية يجب ان يبحث عنها في شخص المدين (1) اما الفريق الثاني من الفقهاء، يرى بان الرهن يعتبر تجاريا اذا كان الدين المأمون بالرهن تجاريا بالنسبة لاحد الطرفين (المدين او الدائن) (2).

(1) اكثم امين الخولي، المرجع السابق، ص 415 فقرة 354.

LACOUR et BOUTRON, Ripert, ESCARA
AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTIERIE et VOISIN, COLIN et CAPITAN

ادار اليه الاستاذ قوي FOYE المرجع السابق ص 47 (مجموعة هاميل)
VIVANTE, traité de droit commercial. T. IV. les obligations. Paris
5è Traduction par Jean ESCARA, sur la 3è édition Italienne.
1907-1909. P.53
"la nature de la dette garantie par rapport au debiteur principal
determinera donc le caractère civil ou commercial du gage".
- BROANE, nature juridique du gage des créances, thèse
Paris 1939. P.53.

(2) عبد الحفي الحجازي، العقود التجارية، 1954 ص 344. حسين شفيق
فقرة 57، اشار اليه اكثم امين الخولي، المرجع السابق - ص 415 حاشية

رقم 1 وايضا
BEUDANT. cours de droit civil français les
suretés personnelles et réelles. وايضا WAIH, Précis
T.I. n°153.
Théorique et Pratique de droit commercial, n°1369 cité par VIVANT
P.54. et Foyé, étude Hamel. P.47.
Dalloz. Rep. Pratique. P.275, n°21. T.VIII.

والواقع ان الرهن هو حق عيني تبقي فصفته التبعية هي التي تضي عليه الطبيعة التجارية او المدنية (1) .

اذن فالعبرة بمغية الدين المضمون لا باطراف العقد او بطبيعة الشيء المرهون .

ويتسول البعض من انه لا يهم ان ينشأ الرهن من المدين نفسه او كان بواسطة وكيل عيني (2) .

فيرا اننا نرى على خلاف هذا الراى من ان الرهن الناشئ من الكفيل الصيني ضمانا لدين تجارى يبقى مدنياً والعمل التجارى لا يغير من ايضته شيئاً، ذلك لصحة النص الذى يقضى بان تعتبر كفالة الدين التجارى عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجرًا ما لم تتعلق هذه الكفالة بورقة تجارية (م 651 مدني (3) .

-
- (1) حيث يقول (Jean Foyer (étude Hamel) P.50 "en matière de gage la loi si attaché a la nature accessoire du contrat et lui confère le caractère commercial par continuation de la dette principale".
- (2) -Encyclopédie Dalloz.T.III.GAGE, n°2.
-DALLOZ Répertoire Pratique.T.VIII.P.275.n°21.
- J.C.Com.F.A.GAGE,n°8. - Trib.Civ.LILLE.9/3/1951.Rev.Trim.D.Com.1951.P.572.n°11.Ob.Henard.
-CABRILAC.J.C.Com.F.A. n°8 : اثار الى الحكمين الاستاذ :
-Com.5/2/1962.Bull.Civ.III,n°72.P.59.
-Com.11/6/1974.Bull.Civ.n°190.
-Trib.Gd inst.STRASBOURG.22/4/1975.Rev.Trim.D.Com.1975.P.532,n°7.

الذى يتكلم عن الرهن دون تمييز بين المدين والكفيل الصيني هذا الحكم يتعلق برهن السندات الاسمية .

- (3) وهذا المعنى يقول الاستاذ فوى (Foyer(étude Hamel)P.50. حيث يرى ان عقد الكفالة الصينية يبقى عقداً مدنياً وان كان الدين المضمون ذا طبيعة تجارية، ما لم تصدر الكفالة من تاجر ولمصلحة تجارية او كان قد

التزم بقصد الحصول على الارباح او على الاقل لمصلحة خاصة به "le cautionnement a beau être lui aussi un contrat accessoire, la jurisprudence ne s'attache qu'a ses caractères intrinsèques

ولهذه نفاستثناء عمل الذئفيل كما ذكره فالرهن يحتبر تجاريا
كلما نشأ من شخص ضمانا لعمل تجارى، وذلك اعمالا بنظرية
الاعمال التجارية بالتبعية بحسب الموضوع -soire par son objet
Acte de commerce acces- او يفترض ان الرهن تجارى عندما يقوم
به التاجر وكان الرهن لحاجته التجارية، اعمالا بنظرية الاعمال
بالتبعية بالعلاقفة (Acte de commerce accessoire par son lieu)(1)
ولا يهم بعد ذلك ان كانت العطية التي يمنها الرهن تجاريسة
بالنسبة للمدين وحده ام للدائن فحسب او كلالما معا . هذا ما نصت
المادة 1/31 تجارى التي تقول " يثبت الرهن المتمم من تاجر او غير
تاجر لايجل عمل من الاعمال التجارية، تجاه الغير بالنسبة
للمتعاقدين طبقا لاحكام المادة 30 تجارى " فهذه المادة قد عثرت
اثبات الرهن بالنظر الى العمل التجارى الذى يخضه لا بالنظر الى
الشخص الذى يقوم به .

هذا ويترتب عن اختلاف الرهن التجارى عن الرهن المدني
اختلاف في الاحكام المطبقة على كل منهما ، ونخص بالذكر هنا الاثبات
ثم التنفيذ ، اما الاثبات فنتناولها في الموضوع الذى يلي ، ونسرد
التنفيذ الذى موضوع اخر في هذا البحث(2) .

elle retient en principe sa nature de contrat de bien
faissance".

(1) Michel de Juglart et Benjamin IPPOLITO, cours de droit
commercial, 1^{er} volume, 4^e éd. Paris.1971.P.119.n°79.et P.124 et su
(2) ما سيأتي ص 254 .

المطلب الثاني : اثبات الرهن التجاري (الوارد على المنقول المادي) .

يختلف في الرهن المدني الوارد على المنقول المادي عن الرهن التجاري من حيث شروط الكتابة . فبينما يشترط توافر الكتابة الثابتة التاريخ للاحتجاج بالرهن ضد الغير في الرهن المدني (1) فإن الرهن التجاري لا يشترط كمال ذلك بل يكفي للاحتجاج به ضد الغير مجرد توافر شرط الحيازة .

وعليه فإن الرهن التجاري يثبت بجميع الوسائل ويحتج به ضد الغير دون توافر شرط الكتابة وأن وجدت فلا يشترط . منها ان تكون ثابتة التاريخ (2) ذلك لان المشرع قدر من ان الخطورة التي تحيط عقد الرهن ايسر اشد من تلك التي تحيط بعقد البيع ، وما ان هذا الاخير لا يشترط في انعقاده ولا في اثباته اية شكلية فمن باب اولى ان يحفي عقد الرهن منها .

وان اتخذ المشرع هذا المسلك انما يقصد من ورائه تسهيل ابرام المعاملات التجارية بسرعة والتي هي احدى مناط القانون التجاري .

(1) -NANCY.171/1888.D.P.93.2.158.

-J.Foyer.Encyclopedie Dalloz Com.T.III,n°14. اشارة الى الحكم

(2) ان الرهن التجاري مثل الرهن المدني قبل تشريع نابليون بل كان الرهن التجاري يخضع لشكلية اشد من الرهن المدني قبل ذلك

وفي هذا يقول الاستاذة مازو ما يلي : "ces formalité ou été imposes par l'ordonnance de Moulins, elle ont même été renforcées à l'égard des commerçants par l'ordonnance sur le commerce de 1675; mais les rédacteurs du code civil les ont entièrement supprimées pour le gage commercial" P.77.n°71.

اذلت فان الرهن التجاري يجوز اثباته بالرسائل المتبادلة بين الاطراف (1) وبالدفاتر التجارية (2) او بواسطة فاتورة مقبولة، او حتى الاقناعات الشفهية التي يمكن اثباتها بشهادة الشهود (3) بالاشارة التي ذلك فان قضاة الموفسج بإمكانهم استخلاص وجود الرهن من الرؤى واقعة التسليم على ان نية الاطراف قد اتبعت (من خلال واقعة التسليم) على انها وقعت على سبيل الرهن (4) وهذا ما يسمى بالرهن الضمني (5) ويحتج به ضد النير بالرهن من عدم النص عليه في العقد صراحة (5).

(1) اشارة اليه : -Req.13/5/1878.D.P.1879.1.68.FOYER.ENCY.N°14.
-Com.10/2/1964.Bull.Civ.III.n°62.CABRILAC.F.A.N°18.

(2) -Req.13/5/1878.D.P.1879.1.68.Foyer Ency.N°14.
-Ripert, traité élémentaire de droit commercial, 9è éd. وينا
Paris 1977.P.199.N°339.
-Ripert, traité élémentaire de droit commercial, 4, éd.Paris1959.
Page 153.N° 318 à 321.

(3) -Civ.9/1/1905.S.1907.1.115/FOYER.ENCY.n°14.
-Rouen 20/12/1905.D.P.1908.2.177/FOYER-ENCY.N°14.
- FOYER(Erudes Hamel) P.52.

(4) -Encyclopedie-Daloz.com.I.III, Gage, n°14.
"Le juge de fond peuvent induire des circonstance de la remise de la chose la volonté courcordante des deux parties de la remettre à titre de nantissement".
- Req.11/4/1933.Rec.Serey.1933.1.248.

-Foyer(étude Hamel) page 52 " elle permet au juge commercial de (9) reconnaître aisement une stipulation de gage dans la clauses d'un contrat.Le nantissement sera opposable aux tiers encors qu'il n'as pas été explicitement convenu, et soit seulement implicité"
-Rep.DALLOZ.II.P.481.N°172.2è.

وهذا إذا يكون للقاضي ان يقر لبائع المنقول بيضا فوريا بأن له
حق الرهن من على البضائع التي لم يتم تسليمها بعد ، وبالتالي يحتج
بهذا الرهن ضد وكيل التخلصة حتى يستوفي ثمنها . ونافرا لتقليد
الاسرار فبان قبل ثمنه عن مبالغ الدين الاصيل ، فيكون للمبايع ايضا
بأن يالدع بالباقي كأي دائن عادي (1) .

الملاحظة : ان الرهن التجاري يخضع لنظام الاثبات العر طبقا
لنص المادة 1/31 تجاري التي تحيلنا الى نص المادة 30 تجاري .

هذا وان كانت المادة 30 مدني قد وردت بعد البيع التجاري
الا ان المشرع قد اراد بها ان تطبق في مجال اوسع وهذا الاتجاه
متفق تماما مع ما انتهى اليه القضاء الفرنسي (2) .

اما في مصر فالامر قد اثار خلافا فقهييا حيث يتجه البعض
الى القول باطلاق حرية الاثبات في الرهن التجاري استنادا الى
التعديل الوارد على المادة 76 تجاري مصري بمقتضى القانون الصادر
سنة 1954 (3) .

(1) - Foyer 'Étude Hamel)P.53.

(2) - Ripert.taité élémentaire de droit commercial.P.109 et200
T.I.1959.

مستدلا بالاحكام الاتية :

- Civ.17/5/1892.D.92.1.603.
Civ. 21/2/1893.D.93.1.317.
Req.27/6/1898.D.89.1.115.
Req.31.12.1935.D.H.1935.66.
Req.2/7/1941.D.A.1941.291.

- Les MAZEAUD.T.III.1è VolumeP.77.N°71.

(3) اكتم امين الخولي ، المراجع السابق ص: 418/417

أما البعض الآخر فلا زال متأثراً بالبدل الذي ثار بين الفقهاء قبل هذا التعديل، حيث يرى أنه ليس هناك فرق بين الرهن التجاري والرهن المدني، من حيث اشتراط الكتابة الثابتة التاريخ للاحتجاج بالرهن التجاري، على الغير (1).

هذا ولما كان المدين لا يقدم على إبرام عقد الرهن فسي أغلب الأحوال إلا إذا كان غني خالية مالية محرجة (2) فإنه يجب على مبدأ حرية الأثبات في الرهن على أنه خبير أن يتمكن للمدين أن يحابي بعض دوائيه برهن غير مستحق، في فترة الرينة، ويستبعد شبهة فترة الرينة هذه عن عقد الرهن بوسائل لا أساس لها كإشهاد زور أو مجاملة، أو برسائل مقدمة التاريخ (3).

غير أن بعض الفقهاء يستبعدون هذا الاحتمال استناداً إلى قلة الأحكام الصادرة بشأن الرهن المزينة ويقولون أن هذا للدليل علوان التزييف قليل الوقوع من الناحية العملية (4).

(1) المنهوي، الأثبات، ج 2 - ص 236، حاشية رقم 1.
(2) فهي بلدنا بالخصوص، أما في البلدان الأوربية فالرهن قد أصبح وسيلة من وسائل الائتمان في الوقت الحاضر، راجع ما قلناه في المقدمة.
(3) أشار إليهم نواي . THALLER et PERCERON, N° 1076.

(4) Foyer.P.51. "la liberté admise en 1863 n'a portant pas suscité une jurisprudence abondante, si elle avait engendré des abus nombreux, les tribunaux n'auraient pas manqué d'imaginer des moyens permettant de la restreindre. Il s'y sont au contraire refusés".

ونحن لا نتفق مع هذا الاستنتاج، ونرجح الرأي التأمل بان قلة الاحكام التي صدرت في الرهن السورية او المرفقة، لا يدل ذلك على عدم وجود رهن مرفقة، وانما قد يدل ايضا على شيوع هذا التلاعب مع صعوبة اكتشافه (1).

وانه وبما اذا كانت نسبة الدين المضمون هي التي تفرس على الرهن بنته التجارية او المدنية بالتبعية فان هذه النسبة قد تثير بعضها من النصوص في الاعمال المختلفة، ذلك ما سنراه في الموضوع التالي :

الفصل الثاني : الرهن الناشئ عن العمل المختلف.

تطبيقا لما سلف ليس هناك صعوبة لمعرفة طبيعة الرهن والاحكام المطبقة عليه عندما يكون الدين المضمون بالرهن ناتجا عن عملية تجارية او المعك بالنسبة لكل من المتعاقدين كحريس الضيالة مثلا او ابرام عقد القران.

لكن المشكلة تشور عندما يكون الدين المضمون ناشئا عن عمل مختلف بحيث يكون تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للآخر. وتزداد المشكلة تعقدا عندما يكون العمل التجاري المرتبط به الدين

(1) انكم امين الغولي، المرجع السابق - ص 418 حاشية رقم 1
وهذا يقول الامانة مازو المرجع السابق ص 77 فقرة 71 حيث

يقولان ما يلي :
"l'exigence d'un écrit à été écarté pour le gage commercial en raison de la rapidité nécessaire des opérations du commerce; aussi les fraudes qui viennent d'être signalées, sont elles fréquentés à l'occasion des faillités".

المضمون ليس تجاريا بل بيعته وانما التقت به هذه الهفة لما يهدف اليه par destination هذا العمل (1) .

ولما كانت ناطقة العمل المختلط يرميها النصوص احدى القضاة الفرنسيين ولم يرضح هذا النصوص من طرف التشريع بحيث يستحيل تطبيق احكام القانون المدني والتجاري على عملية واحدة ولا سبب فنية ذلك انه من غير المعقول ان ننتزع عملية الرهن لقواعد مدنية وتجارية فسي آن واحد .

فقد فصل الفقه لمعالجة الموضوع قائلا بأن صفة الدين هي التي تنفسي على الرهن ويكون بالتالي تجاريا او مدنيا تبعا لصفة الدين الاعلى . غير ان هذا الفقه قد اختلف حيث ان فريقا منه قد اشترط ان يكون الدين تجاريا او مدنيا بالنظر الى الدين فقط (2) اما

(1) ان عقد القرض مثلا فهو اصلا عمل مدني ولا يمكن ان يكون تجاريا الا بوجود علة . فاذا كان المقرض تاجرا فيكون العقد تجاريا على اساس نظرية الاعمال التجارية بالتبعية وتتم القينة التجارية حتى يدحضها هو باثبات عكسها . اما اذا كان المقرض شخصا مدنيا فلا يكون عقد القرض تجاريا حتى يثبت تحديده . ولذلك فقد قضى القضاء الفرنسي بتاريخ 1913/11/30 على ان الرهن الضامن لدين حصل بقصد شراء اسهم للمضاربة، على انه رهن تجاري لأنه وان كان القرض عقدا مدنيا بل بيعته لانه شخص بقصد انجاز عملية بل بيعتها تدرع على الدين الرابع

Foyer.P.48.

- (2)
- Foyer.P.47.
 - CABRILAC.J.C.Com.F.A.N°8." le fait que le creancier consente un prêt dans l'exercice de son commerce, comme le fait notamment le Banquier, ne rend pas pour autant le gage commercial"
 - Cass.Civ.25/7/1895.D.P.96.1.193.
 - Trib.Civ.24/5/1883.
 - VIVANT.P.53.

المرجع السابق

الفريق الثاني يقول ان عفة الدين (تجارية ام مدنية) يجب ان تتوافر بالنسبة للدائنين او على الاقل في اي منهما (1) .

ونحن قد سبق ان اعدنا رأينا في هذا الموضوع ووجدنا النظرية الاخيرة عندما عرفنا الرهن التجاري (2) وقلنا ان العبرة بعفة الدين المرصون لا بالاراف العقد او بابيعة الشيء المرصون .

وبناءً على هذه المشكلة التي قدم لها الفقه عالجها ، هناك مسألة اخرى تمتد بسبب الوقوف عندها وهي حالة ما اذا كان الدائن المرتهن قد قدم قروضاً للمدين في اشكال تجارية لاعتقاده ان المدين بها قد يستعمل هذه القروض لانفراض تجارية بناءً على تصريحات هذا المدين او مأموره . ثم يتضح الامر بأن هذه المبالغ قد استعملت لتحقيق انفراض مدنية .

ولذي يتوضح المشكل عدائي المثال التالي : تاجر يتقدم الى بنك طالبا مره القرض بحجة حاجاته التجارية ثم يستعمل هذه المبالغ التي يحصل عليها لشراء منزل ليملكه .

وبهذا المثال تثار مشكلة بالاحية احتجاج الدائن بالرهن السدي انعقد في اشكال تجارية ضمانا لدين مدني .

(1) يقول الأستاذ WAHL. Précis Théorique et Pratique de droit commercial " l'art. 91. Com. ne fait aucune distinction et comme il s'applique vis-a-vis des deux parties quand l'acte est commercial pour le Débiteur seul on doit admettre comme naturel qu'il ait entendu s'appliquer également vis-a-vis des deux parties quand l'acte est commercial pour le créancier seul" Foyer.P.48.VIVANT.P.54. et CABRILAC.J.C.C.FA.GAGE.N°8.

(2) ما سبق في البحث - ص 183 .

ان التناول بعدم صلاحية هذا الاحتجاج، معناه اننا نضحى بمصلحة الدائن، وقد لا يكون مذنباً، وامام هذا الوضع اجاب الفقه على ان الرهن يثبت صحيحاً ومالاً للاحتجاج به طبقاً لقواعد القانون التجاري، متى كان الدائن في وضع يسمح له بأن يفتر بالمظهر ويشق في تصريحات المدين، على ان المبلغ المقترض سيوجه لتحقيق حاجيات تجارية.

مثلاً اذا كان المقدم على الاقتراض تاجراً فان الاستقرار بالمظهر يمكن ان يكون سبباً مبرزاً لاعتداد بالرهن ذلك لان القانون يقم قرينة على ان تصرفات التاجر كلها تجارية حتى يثبت عكس ذلك، وبالتالي نفصة التاجر ذاتها تكفي لان تكون ظرفاً يسمح للدائن بان يعتقد بان المدين سوف يستعمل المبلغ لتحقيق اغراض تجارية حتى وان كانت تصريحات المدين ليسر على حقيقتها (1).

امثالاً كان المقدم على الاقتراض شخصاً غير تاجر يوجب الفقه في هذه الحالة، على الدائن/ أن يتحفظ مقدماً بتدوين محرز يتضمن تصريح المدين، مفاده ان عملية القرض تهدف الى تحقيق عمل تجاري، وبهذا يحمي الدائن الحسن النية من حالة غش المدين (2).

(1) Lacour et Bouteron, Lyon, *cas*. Renault et Amiaud, Planiol

Ripert et Bacqué.
VIVANT.P.56.FOYER.49.

أشار الى هؤلاء:
في المرجع السابقة

DELOISON, traité des valeurs mobilières, français et étranger (2)
et des opérations de Bourse, n° 287 cité par Vivant.P.56.

المرجع السابق .

وعليه أما كان عقد القرض ^{في الاصل} هو عقد مدني، فمن يدعي خلاف هذا الأمر، فعليه ان يعد الحجة ابتداءً، لاثبات عكس ما يدعيه، ولما كانت مصلحة الدائن، بادعاء الرهن التجاري، فما عليه الا ان يثبت، ترويج مكتوب من المدين، والا اعتبر مهملًا او مخائلاً فيتحمل بالتالي نتيجة خطئه.

وهذا تمهيي الكلام عن ائتمنة رهن المنقولات المدنية مدنية كانت ام تجارية، لانتقل الى النوع الثاني من المنقولات المعنوية ونخص بالدراسة منها الذين العادية والاسهم والسندات في المواضيع الآتية:

الباب الثاني

رهن المنقولات المعنوية

تمهيد :

فيمّا سبق قلنا ان للرهن الحيازي الوارد على المنقول نوعان من الاحتكام :

— اما النوع الاول، فهي احكام عامة تخضع لها جميع انواع الرهون مدنية كانت ام تجارية، مادية كانت ام معنوية وهي اشتراط توافر القواعد العامة في نشوئها، وتوافر شرط انتقال الحيازة المادية او الرمزية في نفاذها على الغير.

— اما النوع الثاني، فهي احكام خاصة تختلف باختلاف صفة الرهن (تجاريا ام مدنيا) وليبعة المال المرهون (ماديا ام معنويا) .

وقد سبق ان درسنا الاحتكام الخاصة الي تخضع اليها رهون المنقولات المادية، بقي لنا معرفة تلك التي تطبق على المنقولات المعنوية. وما ان هذا النوع الاخير من الاموال متعدد (1) ومتفاوت في الامة، اقتصرنا في بحثنا على دراسة الامة منها، وبالتالي فينبغ كالمتنا على دراسة رهن الديون العادية، والاسهم والسندات، فحسب، دون النواع الاخرى كما اشرفنا عن ذلك في المقدمة، وذلك تقديرنا منا بأن المنقولات المعنوية تحتاج الى بحث خاص بها .

(1) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق - ص 469 .
ويذكر اهم هذه الانواع في موضوع الديون القابلة للرهن في ص 196 .
تبينها التشرار .

الفصل الاول

رهن الديون العادية

قبيل ان نتعرض الى دراسة موضوع رهن الديون العادية، وما تثيره من المشاكل، فضلنا ان نخصص هذا الموضوع بمبحث خاص نشير فيه الى التصنيف الفقهي الذي اثير بسدد تحديد الطبيعة القانونية لرهن الديون العادية بدون الخوض في هذا النقاش حتى لا نعيد عن موضوع بحثنا، كما نعترف للقارئ ما هي الديون القابلة ان تكون محلا للرهن.

المبحث الاول: الطبيعة القانونية لرهن الديون والقابلة للرهن.

المطلب الاول: الطبيعة القانونية لرهن الديون.

ان التكييف للطبيعة القانونية لرهن الديون قد اثار خلافا حادا بين الفقهاء، ومن هذه الآراء من يرى بأن رهن الديون ما هو الا حق شخصي (1) . وراى اخر يقول بانه حق عيني (2) . واخر يقول بانه حق شخصي من الدرجة الثانية (3)

-
- (1) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق - ص 58 فقرة 28 و ص 555، كذلك حسن آيةة الحقوق العينية الاصلية، ص 66، اشار اليه الاستاذ تناغوه، المرجع السابق ص 400 حاشية رقم 1، وشمس الدين الوكيل، المرجع السابق ص 555 رقم 1.
 - (2) ريقول RIGAUD, le droit réel, histoire et thecorie, son origine institutionnelle, thèse, Toulouse. 1962. P. 466/474. ولقد اشار الى هذا المرجع الاماتذة علي علي سليمان، المرجع السابق - ص 599 فقرة 38 حاشية رقم 1 وثيقانتي VIVANT المرجع السابق، ص 43 الى 48 - تناغوه، المرجع السابق - ص 400 فقرة 146.
 - (3) بروان BROANE, Nature juridique de gage de créances, thèse. Paris. 1939. P. 150 et suit.

ورأى يقول بأنه مزيج بين الحقيين لكنه اقرب الى الحق العيني
منه الى العلق الشخصي (1) .

ونحن لا نريد الوقوف عند هذه النظريات؛ تقديرنا ان الموضوع
يحتاج الى بحث خاص به، انما نريد فقط تنبيه القارئ من ان
هذا الموضوع، شأنك، قد استوقف الفقهاء طويلا ولا زال الجدل حوله
الى يومنا هذا .

الدائب الثاني : الديون القابلة للرهن .

للمدين يتبرون الدين قابلا لان يكون محلا للرهن يشترط فيهما ان
يكون قابلا للحوالة او الحجز عليه (م 977 مدني) ويكون الدين غير
قابلا للحوالة اما بمقتضى القانون او العقد او طبيعة الالتزام ذاته (2)
وعلى ذلك فلا يجوز رهن المهايما او دين النفقة او دين المعاش، لان هذه
الديون غير قابلة للحجز عليهما، كذلك لا يجوز رهن الدين الذي وقع
عليه الحجز في يد الغير (3) .

(1) محمد سعيد سوار، المرجع السابق، الحقوق العينية التبعية، ج 2، ط 68/69
ص 260 بند 364 .

(2) السنهوري، الوسيط ج 3 (الاصناف، الحوالة، الانقضاء) ص 458 وما بعدها .

(3) نقض فرنسي، غرفة العرائض بتاريخ 1946/1/11 سيرى 1946/1/44 اشار اليه
Suzanne Rogier de la mise en gage de créances en droit français
thèse, 1929, Paris, P.65.

وبهذا المعنى يقول الاستاذ من الدين الوكيل - ص 556 ان يقول " اذا كان
للراهن دائنون اخرون، والتبأ احد منهم الى حجز ما للمدين لدى الغير،
لانه اتسبه مركزا مفضلا بمقتضى الرهن" بمعنى ان الدين كان مشغولا بالرهن
قبل ابراء الحجز عليه . اما اذا كان العكس بحيث وقع الحجز على الدين قبل
ابراء عملية الرهن ثم قدم الراهن هذا الدين المحجوز في يد الشيركرهن،
فان هذا الرهن لن يفيد الدائن المرتهن في شيء، لان الرهن وقع على دين
سبق ان وقع الحجز عليه .

أما إذا كان الدين قابلاً للحوالة أو بالبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة، فيكون صالحاً أن يكون محلاً للرهن، وعلى ذلك فكل المنقولات المعنوية ينحق المؤلف وبراءة الاختراع والمحل التجاري، والعلامات والبيانات والأسماء التجارية، وحق الاتجار وبالصي التامين القابلة للتحويل (1) والأسماء التسمية (2) والنقود الأثرية (3) كل هذه الأموال يجوز رهنها لأنها قابلة للحوالة أو بالبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة.

أما الدين غير الثابتة بالتساقط في نظري فإنه يجوز رهنها لكن لا يجوز الاحتجاج بها ضد الغير لاشتراط المشرع حيازة سند المثبت للدين (4) .

وأما المنشآت الغير قابلة للتحويل، والمعنوق السينيسة التبعية، كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز، لا يجوز رهنها لأنها لا يمكن بيعها استقلالاً بالمزاد العلني (5) .

(1) أما وثيقة التامين على الحياة فيمكن رهنها لكن عند التنفيذ عليها قد يشار

مشاكل بسبب الطبيعة الشخصية للحق المؤمن عليه Flour, la mise en gage des Polices d'assurance sur la vie. Rev. Gén. des assurances terrestres, 1935. P. 702.

أشار إليه الاساتذة: في المرجع السابق . MARY et RAYNAUD. P. 43. N° 67.

MARTY et RAYNAUD. P. 42. N° 67.

(2) ان يقول "les valeurs mobilières peuvent être mise en gage dès l'instant qu'elles sont cessibles; il n'est pas nécessaire qu'elles soient négociables en Bourse"

(3) علي سليمان، المرجع السابق، ص 556 .

(4) Dalloz. Repert. Pratique, nautissement. P. 277. N° 44. T. VIII.

(5) المشهور، الوسيط، ج 10، ص 764 فقرة 516 . علي سليمان، المرجع

السابق، ص 598 وما سبق في البحث ص 32 . وقد تكلمنا بنوع من

التخصص عن الموضوع .

كما يجوز رهن الدين المعلق على شرط واقف ام ناسخ (1) بل يجوز رهن حتى الدين الاحتمالي (2) متى كان هناك احتمال مجاور، يجعل منا نتأكد من ايجاد هذا الدين المعنى بالرهن (3).

اما رهن الديون المستقبلية، فنجد الراى الخالف، يكون العقيد باطلا (4) لأنه تصرف في تركة مستقبلية التي حرمها القانون (م 2/92) ومناخية الماد 969 مدني الذي يكرس مبدأ التخصيص بقولها "ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا" (5).

- (1) Civ.27/1/1908.S.1910.1.537. Note Naquet.
- (2) اشارت اليه الاستاذة : D.1910.1.522.ROGIER.P.63. لما ان عقد الرهن الحيازي في فرنسا من العقود العينية فيشترط في انشاء الرهن عليها تسليم سند الاعتراف بالدين للدائن لكن بدون ابلاغ المدين بعقد الرهن. ROGIER.P.63.
- (3) وبهذا يقول الاستاذ : CRABRILAC.J.C.Com.F.B.1981.N°13. MARTY GABRIEL et RAYNAUD.P.42.N°66. حينما يقول "ان الفقه التقليدي يرى بعدم امكان رهن الديون الاحتمالية لكن القراء اخذ موقفا وسطا حيث أكد موقف الفقه بقوله اذا كان الدين مجرد احتمالي لا يمكن رهنه لكن عندما يكون هناك احتمال مجاور يجعل منا نتأكد من ايراد هذا الدين فيمكن رهنه".
- (4) المسمى ص 10 ص 757 فقرة 512 الذي يقول ان حكمة الابطال ترجع الى عدم تعيين المال تحيينا كافيا، اما اذا عين المال تحيينا كافيا وهو غير مالك له، فنكون امام رهن ملك النير، وعلى ذلك يختلف الحكم ويكون قابلا للابطال فقط". وراجع الوكيل، ص 471 وما بعدها. واحمد وحيد سوار، المرجع السابق، الحقوق العينية التبعية، ص 193 ف 265.
- (5) وبالمثل ان هناك بعض الفقهاء، وبخضرا لاحكام القضائية، تقول بان المال المستقبلي وان كان لا يصلح ان يكون محلا للرهن، فان ذلك لا يمنع من ان يكون محلا للوعد بالرهن، ولا ينشأ هذا الاخير الا بانشاء الدين الموعد به.
- M.DEMOGUE.Rev.Tri. D.Civ. 1904.P.172.N°1. Cass.Civ. en date de 8/1/1908.Rev. Trim.D.Civ.1908.P.369.N°42.Ob.Demogue.
- واشار اليه الاستاذ CABRILAC المرجع السابق N° 15. J.C.Com.F.B.N°

ويؤيد شرينا ان نلاحظ ان هذه المادة (969 مدني) تنظم العلاقة التي تكمن بين الدائن المرتهن والغير وبالتالي فانها تتكلم عن شروط ضمان الرهن تجاه الغير، لا عن شروط انشائه.

كما يلاحظ بأن المشرع لم يحيل الى ما نصت عليه المادة 886 م التي تكلمت مبدأ التخصيص للمال المرهون (1) على غرار ما فعل المشرع المصري.

وبالرغم من هذا التقصير فني نظرتنا ان المشرع لم يريد اعفاء الرهن السي ازي من شرط التخصيص، بدليل انه لو قصد ذلك لما استدتم تعيين العين المرهونة تحيينا كائيا، عندما يراد الاحتجاج بالرهن ضد الغير، وقد سبق ان دعونا الى استدراك النقص التشريعي الملاحظ الذي وردسها من المشرع لا قيدا منه (2).

هذا ونشير اخيرا انه لا يهم ان ينشأ الرهن من طرف المدين نفسه او من ثميل عيني، انما يشترط ان يكون الرامن اهلا للتصرف ومالكا للمدين المرهون.

ويلاحظ انه يمكن رهن المنقولات المادية، ان رهن الدين من غير مالك، يترتب عليه قابلية الابطال فحسب، بل لا يعتد به بتاتا، ولا يمكن للمرتهن حسن النية ان يتمسك بقاعدة الحيازة،

(1) J.Foyer.Encyclopédie, n°16. " la règle de la spécialité quand aux bien, grèves, s'applique, au contraire, au gage commercial comme en gage civil, elle est liée à l'exigence d'une dépossession".

(2) ما سبق في البحث ص 34 فيما يتعلق برهن المال المستقبل.

لان هذه تخص فقط عيافة المتكسولات المادية دون المعنوية (1).

المبحث الثاني: شروط نفاذ رهن الدين في تجاه المدين والخير.

تختلف الشروط المفروضة لنفاذ الرهن باختلاف ما اذا كان يبراد بالنفاذ على المدين الملتزم بالدين المرهون، ام يبراد به ^{النفاذ} على الخير. وكذلك تختلف الاحكام الواجب تطبيقها باختلاف ما اذا كنا امام رهن مدني ام تجاري، ولمعالجة الموضوع توخينا تقسيمه الى رهن مدني ورهن تجاري.

المالب الاول: الرهن المدني.

يشترط لنفاذ الرهن في حق المدين ابلاغه بمقعد الرهن (المادة 975 مدني) او الحصول على قبول منه كاجراء معادل للابلاغ.

وليشترط لنفاذه في حق الخير تدوين الرهن في محرر ثابت التاريخ، وتسليم المستند المثبت للدين المرهون للدائن المرتهن او العدل، وان يكون الاعلان الذي يحصل للمدين الملتزم بالدين المرهون او القبول الحاصل منه ثابتي التاريخ.

لذلك نتاول هذا الموضوع في ثلاث نقاط اساسية:

1- الكتابة.

2- العيافة.

3- الابلاغ.

CARBILAC.J.C.Com..F.A.N° 16.
MARTY et RAYNAUD.P.43.N° 63.

(1)

وبهذا المعنى يقول الاساتذة:

" S'il s'agissait de la mise en gage d'une créance par une personne non titulaire de celle-ci, le véritable titulaire ne pourrait se voir opposer la constitution de gage ni les paiements qui auraient pu être faits lors de sa réalisation".

وبهذا المعنى:

DALLOZ.Rep.Pratique.T.VIII.N° 276.N° 31.

البند الأول : الكتابة .

لقد اشترطت المادة 975 مدني بان يبلغ المدين بحقه الرهن مما يستوجب كتابته على النحو الذي بينته المادة 969 مدني بقولها يجب تدوين عقد الرهن في مكتوب ثابت التاريخ يبين غيبه المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بيانا كائيا .

وفي عن البيان ان هذا التحديد يجنب الدائن المرتهن عبدة مشاكل التي قد يثيرها المدين الملتزم بالدين المرهون، عندما يستعمل حقه في الدفع المقررة بنص المادة 248 مدني، اذن من الاسمية بمكان، معرفة الدائن المرتهن قيمة الدين، وسببه، وميعاد استحقاقه، والمحقق المترتبة عليه، وهذا التعيين ايضاً يجنب الدائن الاعمال الصادرة من المدين غشاً، ا، كان يعمل على استبدال محل الرهن بما اقل منه قيمة (1) .

ولهذه بالكتابة تقررت لتقوم بدورين معا، فهي السبيل الوحيد لاثبات التزام الراهن في الرهن المدنية، طبقاً لنص المادة 333 مدني (2) وايضاً ان الكتابة تمنع المدين من القيام باعمال النشر المحتمل، وخاصة تلك الاعمال التي تهدف الى تقديم تاريخ عقد الرهن، لافلات المال من الحجز عليه، او تلك التي ترمي الى تقديم حق الدائن على غيره من الدائنين .

(1) ما سبق في البحث ص 110 .

(2) ولا نشق مع الاستاذ اكرم امين العنولي، المرجع السابق، ص 426 فقرة 360 حينما يقول " يجب لتام الرهن غيباً بين الطرفين قبول المدين للرهن او اعلانه به . وفي نأرنا ان هذا الراى يتخلل بين العلاقة التي تربط الدائن المرتهن والمدين الراهن وبين العلاقة التي تربط بين الدائن المرتهن والمدين الملتزم بالدين المرهون الذي هو اجنبي عن العقد الا في حالة صدور قبول منه . ويخلط بين الاجراءات المفروضة لاثبات انعقاد الحوالة وبقائها والا جراءات المفروضة لفساد الحوالة في اتجاه المحال عليه او النسيء، ويوافق هذا الراى الاستاذ حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي - ص 73 . والتالي يوجه له نفس الانتقاد لذلك فقد

السابقين له في المرتبة، وفي نفس الوقت فهي تستبعد الاستثناءات التي تشترها القواعد العامة في الاثبات كالاستعانة بشهادة الشهود، والقرائن في الاحوال التي يسمح القانون بذلك. وهي ايضا الوسيلة الوحيدة التي تمكن الدائن المرتهن بان يحتج برهنه ضد الغير (مواد 32 تباري و 969 مدني). مما يبين بان دور الكتابة في الرهن يكتسي اهمية خاصة (1)، فهي بجانب كونها قاعدة اثبات الرهن الذي على الراهن، فهي قاعدة اشهار واعلام الغير بوجود الامتياز ويرتبط بها ووداودما. كما لا يخفي الدور الذي تلعبه قاعدة ثبوت التاريخ، فهذه القاعدة تظهر اهميتها بالخصوص في الرهن، فاذا كانت القاعدة العامة تقضي بان تصرفات المدين تسري على دائنيه العاديين واشتراط ثبوت تاريخها (2)، ففي الرهن يختلف الامر، ان الامتياز يتناول بقاعدة ثبوت تاريخ التصرف وجودا وهدما، وبالتالي فلا يجوز الاحتجاج ضد الغير (دائنين^{عاديين} ممتازين) الا اذا كان عقد الرهن مكتوبا وكان ثابت التاريخ، ذلك تحققتا اهدنيين، اولاهما، تجنب الرهن الناشئة من فاقد الاهلية، وتحدد مرتبة الدائنين المرتهنين عند التزاحم (2) .

== الرهن عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق بين المرافه ويصح منشي* الاثر بين اطرافه دون ابلاغ المدين الراهن او صدور قبول منه .
 وبهذا المعنى يقول الاستاذ الشهوري "وتبقى القواعد العامة للاثبات هي المعمول بها... لان الاجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية الا بجعل الحوالة نافذة في حق الغير فهي ليست ضرورية لا للانعقاد الحوالة ولا لاثباتها بعد الانعقاد... وايضا الاستاذ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري - ص 79. ونحن نستخلص من هذا القول انه اذا كانت الحوالة ذاتها تثبت بين المتعاقدين طبقا للقواعد العامة في الاثبات فذلك، يستلزم القول بان نفاذ الرهن بين المتعاقدين يقتضي اتباع اجراءات حوالة الحقوق

(1) ما سبق الإشارة إليه في البحث - ص 180 .
 (2) MARTY et RAYNAUD, droit civil, 1971.T.III.volume 1.P. 170
 وارجع ما سبق في البحث ص وما بعدها .

هذا ويشار لمشكل رهن الدين الذي لم تعرف قيمته بعد ، كفتح اعتماد قسي حساب جاري، او الرهن الوارد على الالتزام بعمل . فبينما يرى جانب من الفقه من انه تكفي الاشارة في عقد الرهن على سبب الدين ، وذكر في هذا الحقد بان قيمة هذا الدين لم تعرف بعد . فيرى جانب اخر من ان تقسيم الدين المرهون او الالتزام عامة ، ضروريا ، لانشاء الرهن عليه (1) .

ويثار ايضا مشكل اثبات عقد الرهن الذي لم تتجاوز او لم تبلغ قيمته الدين المرهون 1000 دج . فسي الاجل ان الالتزام اذا لم تبلغ قيمته 1000 دج يتجاوز اثباته بجميع وسائل الاثبات (م 333 مدني) .

اما فيما يتعلق بالرهن بجاء المشرع بنص عام ، من غير تمييز بين قيمة الديون . والواقع ان المشرع لما استوجب ايلاخ المدين بعقد الرهن ، معناه ان الكتابة مفروضة في كل الاحوال (2) بخلاف ما قلناه في رهن المنقول المادي ، حيث راينا بان يعفى الرهن من الكتابة في حالة ما اذا كان المال المرهون اقل من الحد القانوني المنصوص عليه في المادة 333 مدني (4) .

ويستتبع هذا المشكل مسألة اخرى بالغة الاهمية وهي : رهن الدين غيرالثابت بالكتابة .

الواقع ان المشرع لم ينص صراحة على ذلك على النحو الذي فعلته بعض التشريعات (3) لكن لما تطلب تسليم السند المثبت للدين (م 2/975 مدني) للدائن ، للدائن ، للاحتجاج به ضد الغير ، يفيد ان الكتابة ليست شرطا لانعقاد الرهن

(1) ROGIER SUZANNE. de la mise en gage des créances en droit français, thèse 1929. Paris .P.67 et 68.

(2) MARTY et RAYNAUD.P.50.N°81.

(3) تنص المادة 1561 مجلة الالتزامات والعقود التونسية بما يلي " . . . ولا يصح رهن الدين الغير المثبت برسم " .

(4) تارن من ما قلناه في رهن المنقول المادي في الموضوع ص 180 .

ولكنها شرابا للاحتجاج به ضد الغير. وعلى ذلك يكسبون الرهن
السواز على دين النير المكتوب بحياها بين الطرفين لأن عقد
الرهن عندنا عقد رضائي لأنه لا يسمح الاحتجاج به ضد الغير(1).

البند الثاني: الحيازة.

سبق ان قلنا موضوع الحيازة كشرط عام لفناء رهن المنقول
على النير. وقلنا ان الحيازة نوعان مادية ورمزية.

وتسلم المئد الذي اشتراته المادة 2/975 لكي يتسبون الرهن
نافذا في حق الغير ما هو الا صورة من عبور الحيازة الرزية.
وتحسب لا نريد ان نكرر ما سلف ان ذكرناه (2)، وانما نريد اضافة
بعض الافكار المتعلقة بالخصوص بالحيازة الرزية.

وبما انه الافكار تخص البند الفقهي الذي شار حول تقييم حيازة
المئد المثبت للدين، وحول نوعيه المئد الذي تم به الحيازة، واخيرا
حول نسبة المئد. وسندرن ذلك على التوالي.

1. البند الفقهي الذي شار حول توافر شرط الحيازة، في حيازة
المئد المثبت للدين.

نذهب جانب منهم الى القول بانه لا يمكن اعتبار حيازة المئد
المثبت للدين بمثابة حيازة حقيقية للدين نفسه.

(1) ما سبق في البحث ص 197.

(2) ما سبق في البحث ص 123.

فمعدن هو لا، ان الحيازة تتم بحيازة الحق لا بحيازة السند
المثبت له. وما ان الحقوق لا تتصور حيازتها، فيمكن الاستثناء عن
حيازة السند ويكتفي لتجريد المدين من الحيازة بإبلاغه (1).

بل ويرى (الاساتذة بلانيول وريبير وكوي) (2) ان الحيازة ليست لازمة
في رهن الديون ذلك لان تسليم سند الميثب للدين ليس شرطاً جوهرياً فسي
الرهن، هذا السندات لحاملها، وبالتالي فان نزع الحيازة من المدين الرامن
تتحقق بمجرد الابلاغ.

وبغية هذا الراى ان القضاء قد وقع في خطأ في معنى تسليم الحيازة المطبقة
على الرهن، فبغلاف الاشياء المادية والسندات لحاملها، فهي لن تقيد تجريد
المدين من الحيازة وهي ايضاً لن تنبه الغير بالحق الوارد على الدين. بالاضافة
الى ذلك ان اشتراط السند يكون عائقاً لرهن الديون غير المكتوبة.

ورد على هذه الاراء (3) بان نص المادة 2076 مدني فرنسي (4) قد جاء

(1) اذارت اليه الامتازة ROGIER p. 69 DELVAS, thèse 1892, Paris.

(2) MM. Planiol et G. Ripert, traité pratique de droit civil français, T. XIII, suretés reeles, avec le concours de E. BELQUE, 1è Partie n°95.

(3) ROGIER SUZANNE, P. 82 et suivant.

(4) يقابل نص المادة 2076 مدني ونص المادة 92 تجاري فرنسي (نص المادة 32 تجاري جزائري) لكن لم نجد نصاً مقابل هذه النصوص في قانونا المدني، وانما نجد ما معناه في المادة 961 مدني مع الاختلاف في الصياغة، وسبب اختلاف الصياغة بين نص المادة 32 تجاري ونص المادة 961 مدني جزائري يرجع اساساً الى ان نص المادة 32 تجاري قد نقل حرفياً من القانون التجاري الفرنسي وان نص المادة 961 مدني قد نقل حرفياً ايضاً عن القانون المدني المصري. والنتيجة كان التكامل بين القوانين (التجارية والمدنية) المصري والفرنسي وان التناقض في قانونينا (التجاري والمدني) راجع ما سيأتي ص 223 حاشية رقم 1.

بعض علم اسم يميز بين المنقول المادي والمنقول المعنوي ذلك بقوله
"Dans tous les cas" وعليه فان استبعاد حيازة السند في رهن الديون يكون
مخالفا للمانون، بالاشارة الى هذا فلما يجوز التسليم الرمزي في البيوع ولا يجوز
في الرهون؟ ولا يقال ان الابلاغ يتم مقام تسليم السند لان للابلاغ وثيقة اخرى
يقوم بها، فيرالحيازة.

فهو يهدف بزائب وثيقة الاشهار الى انشاء رابطة قانونية بين المدينين
بالالتزام المرهون والدائن المرتهن، ومثلثي هذا الابلاغ يكون للدائن المرتهن
منح المدين الملتزم بالدين المرهون من الوفاء بالدين الذي عليه للدائن (الذي
هو الرادن) بمعنى ان الابلاغ يرفع من مرتبة المحال له (اي الدائن المرتهن)
الى دائن حقيقي وحالي، للمحال عليه (اي المدين بالتزام المرهون) وتقوم بينهما
علاقة مديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار.

هذا هو الاتجاه الذي سلكه مشرعنا، حسنا فعل، حيث ميز بين وثيقة الاعلان،
فجعل الرهن لا يسرى تجاه المدين الملتزم بالدين المرهون، الا به، وبين
وثيقة تسليم السند، التي يقصد بها الاحتجاج بالرهن تجاه الخبير، متى
كان هذا الاعلان الحاصل او القبول ثابتي التاريخ.

وبعبارة ادى انه اذا كان يأتي الاعلان وحده لاحتجاج بالرهن ضد المدين
الملتزم بالدين المرهون، فان حيازة السند وحدها لا تكفي للاحتجاج بالرهن ضد الخبير
الا اذا كان مقترنا باعلان المدين او عدور قبول منه بتاريخ ثابت.

واختيرا، انه لغني عن التذكير ان نزع الحيازة من المدين (حيازة السند) الرامن
يشترط فيها ما اشترط سابقا في الحيازة، بان تكون **ظاهرة ومستمرة** (1) فان حدث
ان استرجع المدين حيازة السند ولو لمدة وفترة قصيرة ومؤقتة، في غير الاحوال التي
سمح بها القانون والقضاء فانها تقم قرينة بسيط على انقاذ الرهن طبقا لما نص عليه في

المادة 952 مدني (2).

(1) ما سبق في البحث بشأن دراسة شروط الحيازة ص 123 وما بعدها.
(2) ما سبق في البحث ص 130 وما بعدها.

البند الثالث = نوعية السند الذي يمكن أن تتم به الحيابة .

لقد اثير مشكل نوعية السند، الذي تتم به حيابة الدائن او الحدل، كحيابة

حقيقية .

فاذا كان الدين المرهون ثابتا في عقد رسمي او عرفي فليس هناك صعوبة،

لان الحيابة تتم بتسليم هذا السند الى الدائن او الوالحدل .

لكن السؤال يثور في مدى صلاحية تسليم نسخة، عن الوثيقة او السند

الاصلي (La grosse) .

حيث يرى البعض بانه يجب حيابة الوثيقة الاصلية ذاتها، لا النسخة عنها،

حتى يتمكن الدائن من ممارسة حقوقه والقيام بالتزامات الناشئة عن عقد الرهن .

اما البعض الاخر يقول بان تسليم النسخة (Expédition) عن السند

الاصلي، تقوم مقام هذا السند الاصيل . ذلك استنادا على نص المادة 2/975 مدني

التي تنص على وجوب تسليم حيابة السند دون ما ان تميز بين انواع السندات،

واستنادا على نص المادة 326 مدني التي اعتبرت الصورة الرسمية الاصلية، تنفيذية

كانت ام غير تنفيذية، بمثابة السند الاصيل، وله حجية الاصل متى كان مظهرها

الخارجي لا يسمح بالشك في صحتها للاصل، وهذا هو الراي الراجح بين

الفقهاء (1) وهو الموقف الذي تبناه مشروعنا صراحة في رهن الصفقات العمومية،

لما اكتفى بنسخة ملخصة عن السند الاصيل قائلا " ان تسليم هذه الوثيقة

يعادل بالنسبة لانشاء الرهن تسليم النسخة بكاملها (2) .

(1) يلاحظ انه قد حدث تعديل جذري في نظام الاثبات عامة في فرنسا بالقانون

التاريخ بتاريخ 12 / 7 / 1980 وقد علق عليه الاستاذ Mme.François CHAMOIX

في المجلة الاسبوعية للقانون J.C.P.I.3008 3009. 1981.N°9

وراجع ايضا قانون الصادر بتاريخ 1981/1/2 الفرنسي الذي انشأ نوعا جديدا

من السندات تحول بمقتضاها الديون - Transmission de créance par Bor-

derau. مشهور في

J.C.P.III.3044.1981.

STOUFFLET et CHAPUT. وعلق عليه الاساتذة

وراجع (المشار اليه سابقا) HEMARD, les contrats commerciaux.P.256.

n°491, / . =

اما فيما يتعلق بصفة الخائز، فانها تكون متوفرة متى كل شخص متى كان اضلا للالتزام، عدا المدين الرهن، والمدين الملتزم بالالتزام المرهون كما سلف الذكر (3).

البند الرابع: الابلاغ

الابلاغ شرط لنفاد الرهن، في حق المدين الملتزم بالالتزام المرهون، وفي حق الخائز، متى كان هذا الابلاغ ثابت التاريخ (4).

وقد سبق ان اشرنا بان للابلاغ وتليفتين، اولهما انه يهدف به الى خلق علاقة قانونية، بين المدين الملتزم بالدين المرهون والدائن المرتهن،

(2) تشتمل المادة 100 من قانون الصفقات العمومية، الذي سبق ذكره بما يلي على السلطات المتعاقدة ان تسلّم للمقاول او المورد المتعامل معها نسخة من الوثيقة تتضمّن بياناً خاصاً يشير الى ان هذه الوثيقة تمثل سنداً في حالتيه الرهن العياري وتضمن المادة 101 من هذا القانون بالذات على حالتها استثنائية وهي كما يلي "اذا تعذر تسليم النسخة المشار اليها في المادة 100 التي المورد او المقاول حفاظاً على السر، فيجوز للمعني ان يطلب من السلطات التي تتعاقد معها خلاصة من تلك النسخة موقفاً عليها من قبلها ومتضمنة البيان المذكور في المادة 100 والبيانات الملائمة للسر المطلوب، وان تسليم هذه الوثيقة يحادل بالنسبة لانشاء الرهن تسليم النسخة بكاملها".

وبالإضافة الى الفقرة الأخيرة من هذا المادة تنيد على ان عقد الرهن في القانون المذكور اعلاه هو عقد عيني حيث تنص على التسليم مقترن بانشاء الرهن لا بالاستتياج به ضد الخبير.

(3) ما سبق في البحث ص 143.

(4) يمكن الاستغناء عن الابلاغ بالحصول على قبول المدين للحوالة ولا يحتاج بالرهن قبل الخبير الا اذا كان هذا القبول ثابت التاريخ (نص المادة 2/975) وليس هناك نص مماثل في القانون التجاري، وقد سبق ان علقنا على هذا التناقض الموجود بين القانون المدني والقانون التجاري الجزائري - راجع البحث ص 205 حاشية رقم 3 وص 223 حاشية رقم 1.

وثانيهما انه يقسم بوظيفة اشهارية يعلم الغير بوجود حق الرهن على الدين (1)، ومن ذلك تظهر اهمية الابلاغ بالنسبة للدائن من انه يحفظ له الامتياز، فان حدث ان تصرف المدين الملتزم بالرهن في الدين المرهون، عن طريق الحوالة للغير، او حدث ان حجز الدائنون على المال في يد المدين، بعد اجراء الابلاغ، فلا يسرى تصرف الراهن في الحالة الاولى على المرتهن، ولا يعتد بالعجز في الحالة الثانية، لانه حجز ثاني يحرمه القانون.

هذا وقد تشكك البعض في الوظيفة الاشهارية للابلاغ، بحجة ان الابلاغ لا يوجه الا للمدين الملتزم بالدين المرهون، وهذا الاخير غير ملتزم باخبار الغير، او قد يكون له عارضا ما ديا كالضجر والبكم يحول بينه وبين اخبار الغير، وبذلك تشمل منه وظيفة الاشهار (2).

والواقع ان الابلاغ يهدف اساسا الى انشاء العلاقة القانونية بين الدائن المرتهن والمدين الملتزم بالدين المرهون، ووظيفته الاشهارية، ما هي الا وظيفة مكملة لوسيلة الاشهار الاساسية، وهي الحيابة، بدليل، وكما بينا (3) ان الابلاغ، في فناء عن الحيابة عندما يبراد الاحتجاج بالرهن ضد المدين، وعلى العكس فالابلاغ الثابت التاريخ لان بجانب الحيابة للاحتجاج بالرهن ضد الغير.

(1) ما سبق في البحث ص 206 .

ROGIER SUZANNE.P.77.

(2)

(3) ما سبق في البحث - ص 206 .

المطلب الثاني = الرهن التجاري الوارد على الديون العادية

إذا كانت أغلب التشريعات قد افردت قواعد خاصة تحكم الرهن التجاري الوارد على المنقول المادي، بما فيها التشريع الجزائري، فمن حيث أنها قد اطلقت عنان حرية اثبات الرهن بكافة الوسائل، ويحتج به تجاه الكافة، ذلك تلبية للضرورات العملية التي فرضتها التجارة، والتي تقوم على السرعة والائتمان، فإن الأمر يختلف بالنسبة لرهن الديون، إذ أن هذه التشريعات تحيل على القانون المدني صراحة كما في القانون المصري (م 4/76 تجاري)، أو على بعض المواد منها فحسب كما في القانون التجاري الفرنسي (م 4/91)، أما التشريع الجزائري فهو يشهد بموقف خاص به، كما سنرى.

وإذا قلنا بأن أحكام القانون المدني هي التي تطبق على رهن الديون، فمعنى ذلك أنه يجب تدوين عقد الرهن في محرر ثابت التاريخ يبين فيه المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بياناً كافياً، ويجب إبلاغ المدين الملتزم بالدين المرهون بعقد الرهن أو الحصول على قبول منه كاجراً، معادل للإبلاغ لكي ينفذ الرهن تجاه المدين (1)، ومع ذلك فلا ينفذ هذا الرهن تجاه الغير إلا بوجود ثبوت التاريخ للإبلاغ الحاصل للمدين أو للقبول الحاصل منه، بجانب توافر شرط الحياة، كما سلف الذكر، ولمزيد من التفصيل نتعرض أولاً إلى موقف القضاء والفقهاء ثم نتعرض إلى موقف التشريع الجزائري حول الرهن التجاري الوارد على الديون العادية.

(1) يلاحظ أن هذه الأحكام هي أحكام الحوالة، ولا يستغرب في ذلك لأن وان كانت للحوالة صورة واحدة لا تتغير، فإن لها أغراض ومقاصد متنوعة، وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري ما يلي " وأيا كان الغرض في الحوالة فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة بيما كانت أو هبة أو رهناً... " ويقول أيضاً " والرهن يقتضي وجود الدين في ذمة المحيل للمحيل له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة " السنهوري ج 3 ص 443 فقرة 246 حاشية رقم 1.

- البند الاول = موقف القضاة والفقهاء حول رهن الديون (في الرهن التجاري) .

امام الغموض والنقص الذي يشوب النصوص المنظمة للرهن في فرنسا تدخل القضاة والفقهاء ليسدا هذا الفراغ ويرفعونها الى التباس .

(أ) موقف القضاة الفرنسي =

بذل القضاة مجهودا بالغ الأهمية في تصحيح بعض الأخطاء التي كانت مطبقة سابقا، ذلك بتقرير أسس الرهن الأخرى، تقديم مقامها، ونذكرك من هذه المجهودات ما يلي :

1 - كان نص المادة 2075 مدني فرنسي لم ينص الا على إجراء واحد لرهن الديون وهو الا بلاغ عند ما يراد الاحتجاج بالرهن ضد المدين . وبفضل تدخل القضاة اعتبر القبول الحاصل من الملتزم بالدين المرهون بمثابة إجراء معادل للإبلاغ ذاته . ثم جاء قانون 1980/7/12 المكمل بمرسوم صادر بتاريخ 1981/1/2 فكرر هذا القبول بتعديل المادة 2075 مدني (1) .

2 - وسع نطاق تطبيق المواد 2076 مدني و 92 تجاري فرنسي اللتان

ربطتا امتياز الدائن المرتب بـ "حيثية الشيء المرهون" "Dans tout les cas le privilège ne subsiste sur la gage qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties".

J.C.P.III.50124. " Loi n°80-525 du 12 Juillet 1980, relative (1) à la preuve des actes juridiques".
Civ.29/1/1909 "L'acceptation du nantissement par le débiteur dans un acte authentique, équivalent à la signification de l'acte de nantissement, et suffit à rendre le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers" D.P.1910.1.52. et code civil- Dalloz art.2075 n° 1.

الذي يقول ما يلي =
- CABRILAC. J.C.Com.F.B.1981, N° 17
" ان القضاة يقدرون المشع الفرنسي لم ينص (سبوا منه) على القبول في المادة 2075 مدني **قيد** اجماع الفقهاء على هذا الاعتبار ."

دون ان يميز المشرع الفرنسي بين المنقولات المادية والمنقولات المعنوية وفسر القضاء المادتين (2076 مدني و 92 تجاري) على انها تشمل ايضا المنقولات المعنوية (لان النص عام إذ يقول (في كبل الاحوال) معللا رايه بانه اذا تعلق الامر برهن الدين الذي لا يمكن تصور حيازته ، فتم هذه الحيازة ، بحيازة السند المثبت له ، بمعنى ان الحيازة الرمزية تقوم مقام الحيازة المادية (1) .

3 - اما فيما يتعلق بتدوين عقد الرهن التجاري =

فقد فسر (هذا القضاء) الاحالة (التي وردت في المادة 4/91 تجاري التي المادة 2075 مدني (2) على انها تعني كتابة عقد الرهن بالشروط المطلوبة فهي هذه المادة الحال اليها ، وان كانت عملية الرهن ذات طبيعة تجارئة (3) ، لانه بهذا العقد يتم الابلاغ بالاضافة التي ذلك فكتابة العقد تمنع المدين الراهن من اجراء رهون اخرى للغير على نفس الحق .

وبالرغم من هذه الجهود التي بذلها القضاء الفرنسي فانه لم يسلم من النقد من طرف بعض الفقهاء .

(1) وبهذا المعنى نطق الحكم الصادر عن الغرفة المدنية لدى محكمة النقض بتاريخ

1908/1/27 والذي قضى بما يلي = "lorsque le gage porte sur un meuble incorporel, et spécialement sur une créance, la tradition matreille est remplacée par la remise du titre de la créance entre les mains du créancier"

- D.P.1910.1.522.Code civil.Dalloz.Art.2076.note n° 6.

(2) Art.2075.Civ"Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établît sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifie au débiteur de la créance donnée en gage"

DERRUPE, Encyclopedie- Dalloz, n°6.

(3)

(ب) موقف الفقه الفرنسي .

أقر الفقه بالاجماع موقف القضاة فيما يتعلق باعتبار القبول الصادر من المدين هو بمثابة ابلاغ (1) .

لكن فريق من الفقهاء، قد عارض موقف القضاة في امرين اولهما فيما يتعلق بالحيازة، وثانيهما فيما يتعلق بتدوين عقد الرهن .

(أ) فيما يتعلق بالحيازة .

كان رفض الفقه يقوم على حجج آتية =

1 - ان حيازة السند المثبت للمدين لن يتحقق الفرض منها ،
(وهي نزع حيازة الحق من يد المدين) الا في الحالة التي
يتمج الحق في السند ذاته (كما في السندات لحاملها)
اما السند في الديون العادية والديون الاخرى (غير
التي ذكرت) ما هو الا وسيلة لاثبات هذه الحقوق (2) .

2 - واذا كان من المفروض تسليم السند المثبت للمدين فانه ينبغي
اشتراط تسليم الوثيقة الاصلية La grosse لان هذه الاخير
هي التي، لا يمكن استخراج الا واحدة منها .
اما القول بجواز تسليم نسخة العقد Expédition فلا يودي
هذا التسليم الى نزع الحيازة من يد المدين ، طالما ان هذا
الاخير يمكن له استخراج نسخ اخرى مماثلة (3) .

(1) حيث يقول " La jurisprudence CARBRILAC.J.C.Com.F.B.1981،
"La jurisprudence approuvée par la Doctrine unanime"

(2) وبهذا المعنى : LES MAZÉAUD.P.78.
Planiol et Ripert, traité pratique, droit civil français.T.12
par Becque, n° 95./Ripert et Baulonger, traité élémentaire de
droit civil.T.2.n°3478./DERRUPE.Encyc.N° 9....

(3) اشار اليهما الاستاذ J.Heamrd, traité théorique et pratique de droit commercial
(les contrats commerciaux)Paris.1953.P.256.N°491.
حيث يقول "la jurisprudence aussi bien admet que constitue un titre,
un simple expédition sans exiger la remise de grosse

3 - ان الغرض من الحيابة هو اعلام الغير بتعلق الحق بالدين المرهون ، وهذا الاعلام لا يتحقق بحيابة السند (كما هو الشأن في حيابة الشيء في المنقولات المادية) وطالما ان الابلاغ يكفي لنزع الحيابة من يد المدين (1) فان اشتراط تسليم السند المثبت للدين يعتبر بمثابة شرط لا مبرر له ، ان يعرقل انشاء رهون ، على ديون الغير الثابتة بالكتابة (2) بالاضافة الى هذا يؤدى بالضرورة الى عدم جواز رهن الديون الاحتمالية (3) .

de l'obligation, ce qui laisse toute possibilité aux fraude" =
DERRUPE, Encyc. Dalloz. n°9. وايضا ما سلف في البحث - ص 123 .

DELVAS, thèse, 1892. Paris./Rogier, Suzanne, P.79 اشار اليه (1)

HEMARD. J. N° 491. (2)

DERRUPE. ENCY. DALLOZ. N° 10. (3)

يلاحظ انه " يميز الاستاذ د يرويي DERRUPE بين الديون الاحتمالية والديون التي لم تعرف قيمتها بعد ، فالديون الاولى تتميز عن الثانية من ان المصدر المنشئ لها (عقد او مصدر آخر من مصادر الالتزام) يبقى بمجرد احتمال .
اما الديون غير المحددة بعد فيكون مصدرها موجودا غير ان مبلغ الدين غير محدد بعد ، وبما ان الديون الاحتمالية تتوقف على مجرد احتمال فانه لا يجوز رهنها الا بقانون خاص ، كما هو الشأن بالنسبة لمنتج لفلم الذي يريد الحصول على اموال مقابل رهن الديون التي تنشأ من عقود الابحار التي تبم يوما ما مع المستغلين لقاعة السنما .

J. PATARIN. ENCY. DALLOZ. Com. T. IV. وبهذا يقول الاستاذ =

2 éd. Nantissement des Fihmes" ce n'est pas en tant que chose corporelle que le filme presente une valeur utile mais par les droits de propriété litteraire et artistique qui y sont attachés et par les recettes attendues de son exploitation il fallait donc organiser un regime particulier au film cinématographique, permettant d'affecter à la sureté de la créance des differents droits attachés à l'oeuvre cinématographique avant même qu'elle ne soit réalisée"

راجع لنفس المؤلف ونفس المعنى (مجموعة هاميل) ص 346 وما بعد ما ، وراجع خلاف

CARBRILAC. J. C. Com. F. B. N° 13. هذا الراى الاستاذ

والواقع ان كتابة الدين قد اقتضتها عينيه عقد الرهن في بعض التشريعات (كالتشريع الفرنسي والسوري) التي يستوجب فيها التسليم المادي او الرمزي لانشاء حق الرهن ذاته .

اما التشريعات التي جعلت الحيابة كشرط لنفاذ العقد على الغير وليس لانعقاد فان كتابة الدين اقتضتها الحكمة من الرهن ذاته ، وهي تمكين الدائن بان يمتاز عن غيره عند التزامه .

ب) اما فيما يتعلق بتدوين عقد الرهن طبقا للشروط التي اوجبتها المادة 2075 مدني فرنسي (والتي تقابلها المادة 975 مدني جزائري) فكان رد هؤلاء الفقهاء على القضاء بما يلي =

1 - ان المادة 1/91 (م 1/30 تجاري جزائري) تعتبر بمثابة قاعدة الشريعة العامة للرهن التجارية ، وما ان المشرع الفرنسي لم ينص في المادة 5/91 الا على الابلاغ فلا ينبغي التوسع في تفسير هذه الاحالة بل يجنب قصرها فقط على الابلاغ .

الذي يرى بجواز رهن الديون الاحتمالية متى كان هناك ظرف مجاور يوحى بان جاد الدين حقيقة في المستقبل ، وراجع ما سلف في البحث ص 198 .

ولا ينبغي ايضا الخروج عن ما يخالف القاعدة العامة التي تقضي بأن الرهن التجاري يحتج به تجاه الكافة دون اشتراط الكتابة (1) .

2 - ان تطبيق قواعد القاشنون المدني فيما يتعلق بالكتابة على الرهن التجاري لا تؤدي، الا الى التشد يد على هذه الرهون ممن دون منسرد . في حين ان منسرد اضافة شرط الاذن في حوالة الحق المدني، يتحرر رهن هذا الحق ليس من الاجراءات حوالة الحق فحسب بل من كل الاجراءات (2) .

3 - انه ليس صحيحا بان الكتابة المفروضة اقتضتها عملية الابلاغ (3) لان الذي يجب ابلاغه للمدين بالدين المرهون، ليس الوسيلة التي يثبت بها عقد الرهن، وانما يجب ابلاغ الاتفاق على الرهن ذاته .

ونحن نقدر رجاهة هذا الراى ونضيف بانه لو صح ان الابلاغ هو الذي اقتضى كتابة عقد الرهن، فان هذا الاستنتاج قد لا يصح

-
- (1) ويشير هذا الكاتب CARBRILAC, J.C.Com.F.B.n° 15. الى الفقهاء المؤيدين لهذه الفكرة وهم Ripert et Roblot, Thaller et Perceron. كما يشير الى بعض الاحكام التي صدرت في هذا الشأن وهي Rouen.20.12.1905. D.P.1908.11.177. Riom.20.11.1913.S.1915.2.33.note Wahl.
- (2) اكم امين الخولي - ص 426 فقرة 360 المرجع السابق .
- (3) DERRUPE.ENCY.DALLOZ.N° 6.
- (4) ROGIER SUZANNE. de la mise en gage de créance en droit français, thèse, 1929.Paris.P.120. et suit. حيث يقول = " ce qui doit être signifie aux tiers débiteur la convention de nantissement elle-même, c'est le fait du concours de volonté".

عندما يستغني عن هذا الإبلاغ بصدور قبول من المدينين .
وبالرغم من هذا الانتقاد الحاد الذي تعرض اليه القضاء من طرف
بعض الفقهاء، فإن الفقه الغالب يرى وجوب تطبيق احكام القانون المدني
على رهن الديون دون تمييز بين الرهن التجارية والرهن المدني (1) ،
هذا، و اذا كان اغلبية الفقهاء قد ايدوا موقف القضاء حينما اعتبر
القبول الذي يصدر من المدين في ورقة رسمية بمثابة اجراء معادل للإبلاغ ،
و حينما اشترط تدوين عقد الرهن (2) ومع ذلك فقد ثار خلاف بين هؤلاء
الفقهاء بالذات حول مضمون هذا العقد ،

البعض يرى انه يجب تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ ،
بين فيه المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بناها كافيًا (3) ذلك
على اساس ان الاحالة التي وردت بنص المادة 4/91 تجاري فرنسي قد
تضمنت امرين الاحالة الصريحة الى نص المادة 2075 مدني فرنسي، والاحالة
الضمنية الى المادة 2074 مدني .

Auby et Rau, cours de droit civil français. T. III. n° 432. P. 325 (1)
Colin et Capitant, traité de droit civil. T. II. n° 1446.
Wahl, traité de droit commercial, n° 1377.
D'ESCANAT et Renault, les contrats commerciaux, n° 488.

CARBILAC. J. C. Com. F. B. n° 15. اشار اليهم
Lyon-Caen et Renault, traité de droit commercial avec
collaboration de A. Amiaud. 5è éd. 1929-1936. T. III, n° 280. وايضا

Hemard. n° 491. اشار اليه الاستاذ

DERRUPE. ENCY. DALLOZ. n° 6. (2)

Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, 3è éd. T. I (3)

n° 865. / ROGIER. P. 118. اشار اليه =

(ويقول هذا الرأي) ان الاحالة الاولى تقتضي كتابة عقد الرهن قبل ابلاغه . واما الاحالة الثانية فهي تعني كتابة هذا العقد على النجوى الذى تمليه المادة 2074 مدني فرنسي والتي تقتضي تخصيص الدين المرهون :

وفي نظرنا ان هذا الرأي قد بالغ في تفسير الاحالة التي وردت بنص المادة 4/91 فرنسي وتجاوزت مقاصد التشريع الفرنسي .

اما الجانب الاخر من الفقهاء قد تبينوا رأيا وسطا ونعتقد انه هو الصحيح ، حيث يرون بان الاحالة كانت للمادة 2075 مدني فلا ينبغي تجاوزها ، وان هذه المادة (2075 مدني فرنسي) تستلزم الكتابة بجانب الابلاغ (لعقد الرهن) دون مراعاة ما تضمنته احكام المادة 2074 مدني فرنسي التي الغيت بمقتضى نص المادة 1/91 تجاري، ويقول هذا الرأي ولو اراد المشرع الرجوع الى احكام المادة الطغية لنص على ذلك صراحة على النجوى الذى نص عليه حينما اراد تطبيق احكام المادة 2075م على بعض الرهون التجارية (1) .

اذن فتطبيقا لهذا الرأي الاخير، ان الرهن التجارى الوارد على الديون يقتضي كتابة عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها الدين المرهون بياننا كافيا (2) . لكن دون تخصيص الدين المضمون الامر الذى يسمح بالقول بجواز انشاء رهون ضمانا لديون غير محددة كضمان رصيد في حساب جارى لم يجز بعد عملية التصفية عليه .

(1) المرجع السابق .
Lyon.Couen et Renault. n° 276.Bis.
ولقد اشار اليه الاستاذان = Suzanne Rogier, thèse, P.118.
CABRILAC.J.C.Com.F.B.n° 16.

(2) نص المادة 969 مدني جزائري .

وإذا حدث ان اختلطت الديون ولم يعرف ايها كانت مضمونة بالرهن، فالقاضي له سلطة تقديرية في البحث عما اذا كانت نية المتعاقدين قد اتجت الى ضمان الدين الذي نشأ اثناء او قبل ابرام عقد الرهن، ام انها قد اتجهت الى ضمان الديون التي تنشأ في المستقبل (1) .

وفيما يتعلق بالدين المرهون، فالامر لا يختلف عن الرهن المدني، من حيث انه يشترط تسليم السند المثبت للدين لكي يصح الاحتجاج بالرهن ضد الغير (2)، مما يستوجب تخصيصه .

وبهذا نكون قد اعطينا لمحة موجزة عن موقف القضاء الفرنسي والفقهاء حول فكرة رهن الديون والمشاكل التي تثيرها .

فما هو موقف التشريع الجزائري يا ترى؟ ذلك ما سنراه في الموضوع التالي .

البند الثاني = موقف القانون الجزائري في رهن الديون (الرهن التجاري) .

القاعدة العامة في الرهن التجاري انه يجوز اثباته بجميع وسائل الاثبات، كما سلفنا، وذلك بحكم الاحالة التي وردت بنص المادة 1/31 الى المادة 30 تجاري (3) .

(1) Foyer - Encyclopedie com. n° 16. وايضا =

Carbrillac. F.B. n° 16.

(2) Foyer.ENCY. Dalloz.n° 16.

وراجع ما سلف من البحث ص 198 . فيما يتعلق بجواز رهن الدين الاحتمالي وص 199 فيما يخص وجوب تخصيص المال المرهون .

(3) المادة 1/31 تجاري تنص على ما يلي " يثبت الرهن المتم من تاجر او غير تاجر

لاجل عمل من الاعمال التجارية، تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقا لاحكام المادة 30 اعلاه " وراجع فيما يخص وسائل الاثبات التي يمكن استعمالها في اثبات الرهن التجاري ص 185 وما بعدها من هذا البحث .

لكن فيما يخص رهن الديون، فالمرجع قد استثناهما بنص الفقرة 4 من المادة 31 تجاري . حيث نص صراحة على انها تخضع لاحكام واحدة التي تخضع اليها الديون عامة (تجارية كانت ام مدنية) (1) .

ثم اورنا الاستثناء على الاستثناء الذي ذكره بان اوجب تحرير الحوالة في عقد رسمي (نص المادة 5/31) على خلاف القواعد العامة التي تحكم حوالة الحق في القانون المدني (م 241 مدني) .

ونسرى ان الفقرتين الرابعة والخامسة من نص المادة 31 تجاري تستوجب منا شيئا من الوقوف عندهما، لما تطويان عليه من التناقض والغموض من جهة ومن التشدد يجاوز الواقع من جهة اخرى .

أ) فمن حيث التناقض نريد ان نسجل هنا ثلاث ملاحظات وهي =

1 - ان المادة 974 مدني تقضي بان الاحكام المدنية تسرى على الرهون التجارية اذا لم تتعارض مع الاحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري . ولما تعرض المرع الى رهن الديون في المادة 4/31 تجاري نص،

(1) الفقرة 4 من المادة 31 تنص بما يلي " ويبقى العمل جاريا بالاحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالاموال المنقولة التي لا يمكن ان يبلغ فيها المحال له بالنسبة للغير الا بالتبليغ بالحوالة والواقع للمدين " يلاحظ سوء صياغة هذا النص الذي ترجم من النص الفرنسي ترجمة خاطئة وهذا النص كما يلي " Il n'est pas Deroge aux dispositions concernant les creances mobilières dont le cessionnaire ne peut être saisi a l'égard des tiers que par la signification du transport fait au debiteur "

ومذا النص بدوره نقل حرفيا من نص المادة 4/91 تجاري فرنسي مع حذف عبارة " prévu par l'article 2075 " وهو قد صيغ على خطأ كما سنسرى .
راجع البحث ص 222 حاشية رقم 1 .

على انها تخضع لاحكامها الخاصة قائلًا " ويبقى العمل جاريا
بالاحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالاموال المنقولة... " دون ان يبين
لنا هذا النوع من الاحكام الخاصة .

والتناقض او الغموض يظهر في هذه المسألة فيما يلي = انه لم يخضع
رهن الديون صراحة الى احكام القانون المدني على غرار ما فعلته بعض
التشريعات (1) بل اكفى بالنص (على ان للديون احكام خاصة) مما يشير
الالتباس من ان للديون التجارية احكام خاصة تختلف عن الاحكام التي
تخضع لها الديون الاخرى ، والحقيقة ان كل ما يريد المشرع هو اخضاع
رهن الديون (في الرهن التجاري الى ما تخضع لها رهون الديون في
القانون المدني .

وهذا ليس استنادا الى النص الغامض بل استنادا الى ما انتهى
اليه اغلبيية الفقه او اتجاه القضاء ، وما تجتبه بعض التشريعات الحديثة (1) .
ويا حبذا لو ازيل هذا الغموض الذي يوحى بالتناقض في التشريع ،
وذلك بالنص صراحة على تطبيق احكام القانون المدني على غرار ما فعله
التشريع المصري والفرنسي (1) .

(1) تنص المادة 4/91 تجاري فرنسي على ما يلي = " Il n'est pas dérogé aux dispositions concernant les créances mobilières dont le cessio-
-naire ne peut être saisi à l'égard des tiers que la signifi-
-cation du transport " prévu par l'article 2075 C.Civ" faite
au débiteur.

وكما لاحظنا ان مشرنا قد حذف عبارة (prévu par l'article 2075)
وكان هذا الحذف بالذات هو مصدر الغموض والتناقض .
وتنص المادة 4/76 تجاري مصري بما يلي " اما رهن الديون التي لا يجوز نقل الحق
فيها بالمنازلة او بالتنازل عنها بطريق القيد او بالتظهير فيخضع للاحكام المقررة
في القانون المدني .

2 - ان الفقرة الرابعة من المادة 31 تجارى وقد استعملت عبارة "الديون المتعلقة بالاموال المنقولة" (1) .

ونحن نرى بعدم صحة هذا التخصيص "المتعلقة بالاموال المنقولة" لان الامر يتعلق برهن الحق الشخصي ذاته لا بالمحل الذى ينصب عليه ، فحق الابحار حق شخصي يجوز رهنه بالرغم من انه قد تكون له صلة بالعقار ، والحق العيني لا يجوز رهنه (بما ترهن به الحقوق الشخصية) بالرغم من ان الحق قد يتعلق بمال منقول (2) .

(1) ان عبارة " الديون المتعلقة بالاموال المنقولة " الواردة في نص الفقرة 4 من المادة 31 تجارى كانت نتيجة ترجمة خاطئة لنص الفرنسي *Créance Mobilière* والنص الفرنسي ذاته نقل من المادة 4/91 تجارى فرنسي .
غير ان المادة 4/91 فرنسي هذه التي وردت عبارة "Mobilier" كوصف للدين هي ايضا عبارة زائدة " في نظرنا " حيث تثير اشكالا من ان هناك ديون عقارية بجانب الديون المنقولة ، والحقيقة ان الدين لا يكون احقا شخصيا والحق الشخصي يكون دائما منقولا .

لذلك استحسننا التعبير الذى ورد في النص المصري المشار اليه حيث حذف عبارة " المنقول Mobilier " واكتفى بالتعبير الاتي " اما رهن الديون " بكل بساطة ، وايضا اكتفى بتخصيص هذه الديون بالاشكال التي تنتقل بها اإلا بالمحل الذى يتعلق بها ، قائلا " اما رهن الديون التي لا يجوز نقل الحق فيها بالمناولة او بالتنازل عنها بطريق القيد او بالتظهير فيخضع للاحكام المقررة في القانون المدني المادة 4/76 تجارى مصري " بمعنى ان الدين يرهن طبقا للقواعد العامة في القانون المدني متى كان السند ليس اسما ام انزيا ام لحامله .

(2) وبهذا المعنى يقول الاستاذ محمد . حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري - الجزائر 1983 ص 79 .

اذن فالعبارة بطبيعتها الحق ذاته لا بالمجمل الذي يرد عليه، وعليه، ويرجى ان تصحح الفقرة بحذف عبارة " المتعلقة بالاموال المنقولة " لكي يستقيم النص ويتحقق الغرض الذي يهدف منه .

3 - فبينما تنص المادة 975 مدني على ان قبول المدين بمثابة اجراء معادل للابلاغ، بحيث ينتج نفس الاشارة على النحو الذي اجمع عليه الفقه والقضاء نجد ان المادة 4/31 تجاري تنص على وجوب ابلاغ المدين دون ان تشير الى هذا القبول . وهذا (في حد ذاته تناقض بين نص المادة 975 مدني ونص المادة 4/31 تجاري) (1) .

(1) يلاحظ انه يرجع هذا التناقض الى سبب مادي، مصدره هو نقل نص المادة 31 تجاري من نص المادة 91 تجاري فرنسي . وهذه الاخيرة لم تنص على القبول كاجراء معادل لابلاغ بسبب ان المشرع الفرنسي قد ترك هذا القبول سهوا منه عندما صاغ نص المادة 2075 مدني المتعلقة برهن الديون، فلما صيغت المادة 91 تجاري وحدت الصياغة بين القانون التجاري والقانون المدني (ولو على خطأ) .

وفي هذا يقول الاستاذ = CARBRILAC, J.C.Com.F.B.1981, n° 17.
" La jurisprudence approuvée par la doctrine unanime a t'elle estime que c'était par une inadvertance de rédaction que l'article 2075 C.Civ. ne mentionnait pas le second procédé (soit l'acceptation)

لكن المشرع الفرنسي قد استدرك هذا السهو بالتعديل الوارد على المادة 2075 مدني بمقتضى قانون صادر بتاريخ 12/7/1980 الذي سبق الاشارة اليه ص 211 حاشية رقم 1 . اما المشرع الجزائري فكان بإمكانه ان يتجنب هذا التناقض لو وحد الصياغة مع القانون المدني الذي كرس فكرة القبول في المادة 975 مدني والتي اقتبست من القانون المدني المصري (مع ان المشرع قد اخذ بفكرة القبول المعادل للابلاغ حتى في القانون التجاري (مواد 561 و572 تجاري) وبعبارة ادق كان ينبغي ان ينقل النصوص من القانون المصري فقط وينص على القبول في كل من القانون المدني والتجاري، او ينقل عن القانون الفرنسي فقط فيقع فيه المشرع الفرنسي من خطأ وسهو .

اما ان ينقل نص المادة 975 مدني من القانون المدني المصري وينقل المادة 31 تجاري من القانون التجاري الفرنسي، من دون امعان، فما لا شك فيه ان يكون التناقض منتظرا ومتوقعا .

وعليه لما كان الفقه والقضاء قد اجمعا على، ان قبول المدين الملتزم بالدين المرهون بمثابة اجراء معادل للإبلاغ فنقترح على المشرع ادراج هذا القبول في الفقرة الرابعة من المادة 31 تجاري، حتى تتوحد الصياغة بين نصوص القانون التجاري والتانون المدني .

وعلى ضوء هذه الملاحظات نقترح اعادة صياغة الفقرة الرابعة من المادة 31 تجاري على النحو الاتي =
" اما الديون العادية التي لم تثبت في سندات اسمية او اذنية او لحاملها فلا تكون نافذة في حق المدين الا باعلانه بالعقد او الحصول على قبول منه وفقا لنص المادة 241 مدني

ولا تكون نافذة في حق الغير الا بتسليم سند الدين المرهون الذي المرتهن او الذي شخص اجنبي اختاره المتعاقدان . وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان او القبول ."

(ب) اما من حيث التشديد =

فيظهر من خلال نص الفقرة الخامسة من المادة 31 تجاري حيث ان هذه قد استوجبت اثبات الحوالة بعقد رسمي (بجانب استعمالها عبارة "حوالة الدين المتعلقة بالاموال المنقولة" خطأ كما سلف الذكر ."

فحينما نقارن نفس الاوضاع بالقانون المدني، نجد ان المشرع قد حمل في الرهن المدني، عقدا رضائيا، لا تستلزم فيه اية شكلية خاصة فلم يشترط الكتابة الثابتة التاريخ لعقد الرهن، الوارد على المنقول المادي الا لنفاذه في حق الغير (م 969 مدني) .

اما رهن الدين، فقد احالنا الى احكام حوالة الحق بمقتضى المادة 975 مدني) وبما ان الحوالة ايضا عقد رضائي يمكن اثباتها بين

اطرافها طبقا لما تقرّر في القواعد العامة في الاثبات (1) فان الكتابة لم تشترط الا بقدر ما تقتضيه عملية الابلاغ لكي يتمكن الدائن بالاحتجاج بها ضد المدين . او بقدر ما يقتضيه ثبوت التاريخ لقبول المدين او ابلائفه لكي يتمكن الدائن المحال له بان يحتج بالحق المحال له تجاه الغير .

اما الرهن التجارى الوارد على الديون ، فتجد الاحكام التي تقررت له مخالفة للواقع ومتخذة موقفا شاذا (كما نعلم) لم يقل به احد .

... فبينما شارخلاف بين الفقهاء فيما اذا كان يتجرّد الرهن التجارى من الشكليات او انه يخضع لما تخضع اليه رهون الديون المدنية . جاء المشرع بموقف يتجاوز حدود الشكليات المفروضة ، لا في الرهون ولا في حوالة الحق المدني ، (التي لا تشترط فيها اكثر من تحرير ورقة ثابتة التاريخ) ذلك باستراطيه رسمية العقد في الاثبات حتى في العلاقة التي تربط الدائن المرتهن والمدين الراهن بقوله " ويجب ان يثبت حوالة الدين المتعلقة بالاموال المنقولة بعقد رسمي " .

وفي نظرنا ان اشتراط الرسمية في رهون الديون التجارية تعتبر بمثابة الخروج عن المبادئ ^{العلمية} التي تحكم الرهون ، وبالتالي فلن ينتج عن ذلك الا التشديد في الاحكام بلا مبرر ، والتناقض بين نصوص القانون المدني والقانون التجارى وايضا في الاهداف التي يرميان الي تحقيقها .

وعليه فاننا نقترح الغاء هذه الفقرة برمتها ، في حالة ما اذا اخذ بعين الاعتبار التعديل الذي اقترحنه على الفقرة الرابعة من المادة 31 تجارى (2) حيث ان هذا التعديل يوفى بالفرص ويغتنم بالتالي من هذه الفقرة ذاتها دون ضرورة الى التكرار او التعقيد في الاجراءات .

(1) السنهوري والوسيط ، ج 3 - ص 468 ف 261 .

(2) ما سبق ص 284 .

وخلصة القول ان الرهن التجاري الوارد على الدين في تشريعنا هو عقد رضائي غير انه لا يثبت استوجب الكتابة الرسمية للعقد .

وفي نظرنا انه يجب التمييز بين الرسائل التي يثبت بها الرهن بالرغم من ان نص الفقرة الخامسة من المادة 31 تجاري جاءت بصيغة مطلقة بحسب قيمة المال المرهون ، وبحسب ما اذا كان يراد الاحتجاج بالرهن ضد الراهن نفسه او ضد المدين المتلزم بالدين المرهون ام ضد الغير .

وعليه فاذا كان الدائن يريد الاحتجاج برهنه على الراهن نفسه ، فيجب التمييز بين وسائل الاثبات المطلوبة بحسب قيمة المال المرهون ، فان كانت قيمة المال المرهون اقل من الحد القانوني المنصوص عليه في التواعد العامة التي تحكم اثبات الالتزام ، فيجوز اثبات هذا الرهن على الراهن بكل وسائل الاثبات ، اما اذا كانت قيمة المال المرهون مساوية او تتجاوز الحد القانوني المنصوص عليه في المادة 333 مدني فلن يتمكن اثبات هذا الرهن على الراهن الا بواسطة العقد الرسمي ، لان القول بغير هذا يؤدي بنا الى نتائج شاذة (في حالة اشتراط الكتابة الرسمية لاثبات الرهن الذي تقل قيمته عن الحد القانوني) وهو جعل وسائل الاثبات في القانون التجاري اشد مما هو عليه في القانون المدني (1) .

وبما ان عقد الرهن هو عقد رضائي فيترتب على هذا المبدأ نتيجتان =

1 - فيمكن استخلاص الرهن ضمنا من بنود العقد من طرف القاضي لان العبرة بالاتفاق لا بالوسيلة التي يثبت بها هذا الاتفاق متى كان المال المرهون ^{اقبل} امن الحد القانوني الذي يبيح القانون اثباته بكل الوسائل .

(1) سبق ان اشرنا الى الموضوع في البحث ص 183 و 184 .

2 - يمكن ان يعقد الرهن ضمنا لدين غير ثابت بالكتابة لان الحياة عندنا شرط للنفاذ وليست للانقضاء ، مما يعفينا من تخصيص الدين الضمون على النحو الذي اشترطته نص المادة 969 مدني الا اذا اردنا الاحتجاج بالرهن ضد الغير (1) كما سنرى .

اما اذا كان الدائن المرتهن يريد الاحتجاج برهنه تجاه المدين فيكون الدائن قبي هذه الحالة بين امرين ، اما ان يحصل على قبول من المدين الملتمس بالدين المرهون ويجب ان يصدر هذا القبول قبي محرر رسمي واما الا يحصل على ذلك ، ففي هذه الحالة يقتضي منه كتابة عقد الرهن قبي محرر رسمي لابلاغه للمدين لكي يتمكن من الاحتجاج بالرهن ضده .

ونلاحظ اننا اخذنا بفكرة القبول دون نص تشريعي في القانون التجاري ولكن نرى الاحتجاج بهذه الفكرة من نص الفقرة الخامسة من المادة 31 تجاري ذاتها حيث تنص بما يلي " ويجب ان ثبت حوالة الدين المتعلقة بالاقوال المنقولة بعقد رسمي " عين طريق تفسير عبارة (عقد رسمي) تفسيرا واسمنا ، على انها تفيد العقد المبرم بين الدائن المرتهن والرافق على حوالة الدين . وتفيد ايضا قبول المدين الملتمس بالدين المرهون للايجاب الذي وجهه له من الدائن المرتهن (اي انها تفيد العقد المبرم بين الدائن المرتهن والملتمس بالدين المرهون) . وهذا ممكن جدا لان النص المذكور جاء بصيغة مطلقة دون ذكر مضمون هذا العقد الرسمي الذي تنص عليه .

اما اذا كان المطلوب هو الاحتجاج بالرهن تجاه الغير ففي هذه الحالة يجب على الدائن المرتهن التاكيد من ان الدين المرهون كان مكتوباً مدونا وضحياً وثابت التاريخ لكي يتمكن من حياة السند المثبت للدين اتماماً للحيلة كشرط لنفاذ الرهن في حق الغير .

(1) ما سبق ص 191 ها سيأتي ص 228 .

وبسبب كتابة عقد الرهن (مبينا فيه (مقدار) الدين المرهون بيانا كافيا) (1)
 (اما الدين المرهون فلا يشترط تخصيصه على عكس الرهن المدني (2) ذلك
 ليتمكن من اتمام شرط الاصلاح فتكون الحالة عدم صدور القبول من المدين
 وهذا يتبين لنا بان كتابة عقد الرهن يكون ضروريا عند الحاجة الى
 الاصلاح كما انها ضرورية لتخصيص الدين المرهون الذي هو شرط اقتضاه ضرورة
 نزع الميزة بين يدي المدين او على الاقل الحجز على هذا الدين
 في ذمته حتى لا يتصرف فيه الراهن (حجز ما للمدين لدى الغير) .
 وبهذا تنهي موضوع رهن الديون العادية وننتقل مباشرة الى كيفية رهن
 الديون الثابتة في سندات اسمية او اذنية . اما السندات لحاملها فتخضع لاحكام
 رهن المنقول المادي (3) / التي صنفت السندات لحاملها ضمن المنقولات المادية
 واعتلتها نفس الآثار التي تترتب عن حياتها .

وكذلك يمكن ان يستخلص الاحكام المطابقة على السندات لحاملها من نص
 المادة 976 مدني بمفهم المخالفة . لان هذه المادة حين بينت كيفية انشاء رهن
 على السندات خصصت السندات الاسمية والاذنية دون السندات لحاملها ، مما يفرض
 منها انها تخضع لما يخضع له المنقول المادي من احكام . ونتيجة لذلك فيرجح
 في شأنها ان ما قيل بشأن المنقول المادي (4) .

- (1) ما سلف في البحث ص 43 و 219/199 وراجع ص 198 بحيث يجوز رهن الدين الاحتمالي لكن بقيود .
- (2) ما سلف في البحث ص 218 و 219 ونحن نقول هنا بعدم وجوب تخصيص الدين المرهون لاننا بصدد الرهن التجاري . وراجع عكس هذا الرأي في ص 56 حيث رجحنا الرأي القمهي الذي يقول بوجوب تخصيص الالتزام المرهون وبالتالي فان عدم تخصيص الدين المرهون في الرهن التجاري يعتبر استثناء عن القواعد العامة .

(3) J.GUYENOT. la contitution et la réalisation du gage des valeurs Mobilieres. R.T.D.Com.1961.P. 275 à 182.

وبالتالي بند 5 من المقالة .

- (4) ص 178 وما بعدها .

الفصل الثاني

رهن السندات الاسمية والسندات الاذنية

تمهيد :

ان اهم النصوص القانونية: التي ينصب عليها بحثنا في هذا الموضوع هي :

- 1 - تنص المادة 976 مدني بما يلي : يتم رهن السندات الاسمية او السندات لامر بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانونا بشرط ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وبدون حاجة الى الاعلان.
- 2 - وتنص المادة 31 تجاري بما يلي : " وثبت الزهن ايضا بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير الى ان القيم قد سلمت على وجه الضمان .
.. الفقرة الثالثة ^{منها تشهيد ماعى} اما بالنسبة للاسهم وحصص الشركاء (1) في الشركات المالية والصناعية والتجارية او المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب ان يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب ان تفيد هذه النسخة على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة .
- 3 - وتنص المادة 699 تجاري بما يلي : " يحضر امدار السندات وحصص الارباح او حصص المؤسس من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ .
- 4 - وتنص المادة 698 بما يلي : " لا تعتبر اسهطا الا القيم المنقولة التي تقم باعدادها شركات الاسهم .
- 5 - وتنص المادة 700 تجاري بما يلي " يجب ان توضع احالة الاسم تحت طائلة البطالين في شكل رسمي وان يتم دفع الثمن بين يدي الموثق الذي يتم بتحرير العقد " .

(1) راجع ما سيأتي في البحث ص 235 مبينا الترجمة الخاطئة لهذا النص .

ومن خلال هذه النصوص نستخلص ما يلي :

1 - السندات الاسمية والسندات لامر تخضع لاحكام خاصة بها مهما كانت طبيعتها التجارية او المدنية . وهي الاحكام المنصوص عليها في المادة 31 تجارى الفقرة الثانية والثالثة منها ، بالرغم من عدم نص صراحة في الاحالة الى هذه المادة .

2 - ان حصص الارباح وسندات القرض التي اعتاد الفقهاء على دراستها تحت تسمية القيم المنقولة قد حرمها القانون بنص المادة 699 تجارى .

3 - ان المشرع قد استعمل عبارة " قيم " في الفقرة الثانية من المادة 31 تجارى الخاصة بسندات لامر ، وعرف السهم ، بالقيمة المنقولة في المادة 698 تجارى .

4 - ان السهم في قانوننا غير قابل للتداول بالدارق التجارية ذلك بمقتضى نص المادة 31/3 والمادة 700 تجارى ، الذى يشترط في حوالة ابرامه في عقد رسمي .

وعلى ضوء هذه الملاحظات (1) نود ان نبين مفهوم القيم المنقولة وخصائصها حتى نصل الى مدى مطابقة هذا المصطلح في قانوننا مع ما تعارف عليه فقهاء وقضاة وتشريحا في الجهات الاخرى . كتمهيد لدراسة ضمن السندات الاسمية في التشريع الجزائرى .

(1) بالاشارة الى الملاحظات الاخرى التي سنوردها في موضعها .

المبحث الأول : السندات الاسمية .

تمهيد :

ان رهن السندات في العصر الحديث، تعتبر اعظم واهم وانجح وسيلة من وسائل الائتمان . ونعني بالسندات، القيم المنقولة . ولذلك قبل ان نتعرض الى كيفية رهن هذا النوع من الاموال فنلنا ان نعطي اولا لمحة موجزة عن مفهوم خصائص واهمية هذه الاموال وذلك لتحديد لنا نطاقها والمعنى الذي ^{ننشده} من ورائها ، وتبين لنا مدى خطأ المشرع حينما سمى السندات الاسمية المتمثلة في اسهم شركات المساهمة بالقيم المنقولة بالرغم من عدم توافر خصائص هذه الاخيرة في التشريع الجزائري وهذا (. . .)

المطلب الاول : مفهوم وخصائص القيم المنقولة واهمية رهنها .

البند الاول : ان مفهوم القيم المنقولة يراد بها السندات القابلة للتداول والتي تحتل حقوق الشركاء (الاسهم) او المقرضين (سندات القرض الطويل (1) والمتوسط (2) الاجل) ولا يهم بعد ذلك فيما اذا كانت هذه القيم قد قيدت في سوق البورصة ام لم يجر تقييدها ، وهذا هو المفهوم الواسع لها .
كذلك نريد ان نشير هنا (حتى نرفع اللبس الذي قد يحصل في معنى السندات من ان للسندات انواع) فلا تعتبر كلها من القيم المنقولة مما يقتضي منا التمييز السندات التي تعتبر من القيم المنقولة من السندات المشابهة بها ، ذلك بالوقوف على خصائصها وتحديد نطاقها .

(1) Repert, Paul Durant et Rene Roblot, traité élémentaire
Droit commercial, 1959, Paris, P. 722, N° 1536. الذي يقول
"l'expression valeurs Mobilières désigner des titres négociables
représentants des droit d'associés ou de prêteurs a long terme"
Michel de JUGLART-BENJAMIN IPPOLITO, Droit commercial, 4è vol. (2)
Banque et Bourses, contrats, commerciaux, Paris 1974. P. 384. N° 1782.
"au lieu d'être des droits a court terme (lettre
d'échange ou chèque) sont a Moyen ou long terme "

البند الثاني : اما خصائص ونداق هذه القيم فتظهر من طبيعة الحق الذي يتمثل فيها وهو ما يميزها عن الحقوق الاخرى . وهذا الحق ينصب على السندات القابلة للتداول التي تمثل حقوق الشركات او المقرضين لاجل متوسط او طويل (1) ومن مميزاتها انها قابلة للتداول (2) وتدر المداخيل على اصحابها (3) وان السند يمثل دين متوسط او طويل الاجل (4) وان المحيل (المتنازل عنها) لا يشمل الا صحة الدين ووجوده ان الحوالة دون وقت الوفاء ، ويكون حق ادارتها مقصورا على الهيئات العامة والشركات المساهمة (5) .

(1) المرجع السابق

RIPERT.T.I.N° 1540.

JUGLART et IPPOLITO, 1è Vol.P.464.N° 255.

JUGLART et IPPOLITO, 4è Vol.N° 1782.Ripert.T.I.N° 1577.

غير انه يلاحظ من ان مبدأ قابلية السهم للتداول قد يرد عليه استثناء في قيد هذا القابلية من حرية التداول، ذلك مثلا: الاسهم العينية (سنتين بعد التسجيل)

وإسهم الضمان المقدمة من طرف مجلس الادارة او مجلس المراقبة والاسهم المقترنة بشرط القبول

(Actions par la clause d'agrément) او قد تقيد هذه الحرية من التداول موقفة فقط، الى ان يفصل في النزاع و يجري

فحص شرعية التصرف وذلك كالاسهم المتنازع على ملكيتها و الاسهم التي يملكها

القصر او المؤهلون تحت الوالة .

(3) تنقسم القيم المنقولة الى نوعين : 1- قيم ذات مداخيل ثابتة وهي تلك التي تمنح لاصحابها حق الدائنية على الدولة او هيئة عامة (كالولاية والبلدية) او

الشركات نتيجة لاستعمالها قروض وتسمى القيم المنقولة هذه بسندات حكومية

Fonds d'état وسندات الدخل les titres de rente وسندات القرض

obligation وهذه كلها تعطي الفوائد مستحقة الدفع سنويا او دوريا .

2- قيم ذات المداخيل المتغيرة Les valeurs a revenu variable

وهذه لا تعطي الا حقا في الحصول على حصة من الارباح المحققة من قبل

الشركة وهي على نوعين : 1- الاسهم Actions وحصة التامير part des fondateurs

2- حصة الانتقل part Bénéficiaire التي تصدرها الشركات

الخاصة Sociétés privée وخاصة شركات المساهمة او شركات التوصية

بالاسهم . اما الشركات ذات المسؤولية المحدودة والتضامن والتوصية البسيطة

فان الحصة فيها غير قابلة للتداول وبالتالي فلا تعتبر من قبيل القيم

المنقولة

Ripert.T.I.N° 1543/S/ JUGLART et IPPOLITO 4è Vol. n° 1786 et suit.

وعلى ضوء هذه الخصائص والمميزات يتحدد نطاق القيم المنقولة في الاسهم والسندات وبالتالي فلا تعتبر من قبيل القيم المنقولة السندات التالية (1) (2) (3)

- الأوراق التجارية مع اختلاف انواعها (بما فيها الشيكات التي لا تتضمن

فوائد)

- اوراق البنكوت .

- قسومات Coupons الارباح او الفوائد او التي تمكن من الاكتاب .

- وصول Récepissés المودعة لدى البنك .

- عقود الملكية القابلة للتحويل - tirs de propriété transmissible

اما اذونات الاسترجاع Bon de récupération او اذونات السداد Bon de

Remboursement التي تصدرها الشركات، فقد قضى القضاء الفرنسي على انها

ذات ابيحة مختلفة .

البند الثالث: اهمية رهن القيم المنقولة .

وتبدو اهمية رهن القيم المنقولة من عدة نواحي، وهي كالتالي : فهي مفيدة

بالنسبة للمدين حيث يكون لديه وسيلة كاملة لضمان الالتزام الذي عليه، دون ان

يحرم من استعمال الشيء المرهون الذي يكون ضروريا لنشاطه، وبذلك يختلف

هذا النوع من الاموال، عن رهن المنقول المادي الذي يقتضي نزع حيازة الشيء

المرهون من يد المدين المرهون وان كان الشيء ضروريا له .

(4) في فرنسا تمثل القيمة المنقولة دين متوسط الاجل (من 2 الى 7 سنوات) او طويل

الاجل متى كان اجل الدين يتجاوز 7 سنوات

JUGLART et IPPOLITO,

1è Vol.N° 255.

(5) JUGLART et IPPOLITO, 1è vol.N° 255.P.464.RIPERT.T.I.N°1541.

ويلاحظ ان التشريع الجزائري يمنع على شركات المساهمة ان تصدر سندات

القرض وحصص الارباح او حصص المؤسسين م 699 تجاري - كما ان سندات

التجهيز التي تصدرها الدولة لا تعتبر من قبيل القيم المنقولة كما سنرى

ص 237 حاشية رقم 1 .

Req.19/6/1947.S.1947.1.145.Note Bastian.

(1) (6)

اشار الى الحكم الاستاذ ربيح 1 فقرة 1540 .

لذلك، يقال، في القيم المنقولة، على أنها راسمال احتياطي جامد لم يريد المدين تحويله إلى راسمال سائل، فعند على استعماله كوسيلة للائتمان (1) .

ومن أهمية رهن هذه الأموال بالنسبة للمدين أنها تقوى ائتمانه الشخصي نتيجة الثقة المعطاة لهذه القيم، فإن رهنها يجنبه الفوائد المرشحة التي تترتب عن عقد القرض أو الشروط التي تجعله تحت سلطان الدائن . وكذلك فمن القيم المنقولة يكون احسن له من الالتجاء إلى عمليات خصم الأوراق التجارية أو غيرها التي تستتبع الانتقاص من قيمتها (2) .

وهي مفيدة بالنسبة للدائن، حيث يغطي من عبء الصيانة والمحافظة التي يستلزمها الشيء المرهون الوارد على المنقول المادي .

هذا وينبغي ان نشير أخيراً في هذه المقدمة إلى ان القيم المنقولة يمكن استعمالها من طرف اشخاص تجاراً أم غير تجار كما يمكن استعمالها ضماناً لدين تجاري أم مدني (3) .

ومن الناحية العملية: انه كثيراً ما تلجأ إلى هذه الوسيلة البنوك، ذلك باستعمال قواعد خاصة بها (4) فهي تعطى تسبيقات على الاسهم والسندات لاجل قصير أو تستعملها لضمان حساب جاري .

وهذه النظرة الوجيزة إلى القيم المنقولة سنتابع في الموضوع التالي، وهو كيفية رهنها والمشاكل التي تثيرها .

(1) المراجع السابق: DERRUPE (étude Hamel) P.512.

(2) J.GUYENOT.R.T.D.Com.1961.P.270" cette forme de crédit est plus simple et avantageux que l'exompte des traites dont elle entraînée la Dégression".

بخلاف الأوراق التجارية الذي يحسن للحامل أن يتنازل عنها عن طريق الخصم

بدلاً من رهنها إلا إذا كانت الورقة مستحقة الوفاء بعد اجل بعيد كسنة

مثلاً، وحاجة الحامل إلى المال مؤقتة جداً (كان لا تتجاوز مدة شهر مثلاً) احسن

يؤمن الأوراق التجارية، مصر 1974، ص 183 - فقرة 172 .

(3) J.GUYENOT, la constitution du gage des valeurs mobilières. R.T.D.com.1961.P.270.

(4) المراجع السابق: DERRUPE (étude Hamel) P.538 et suit.

المطلب الثاني - رهن السندات الاسمية في التشريع الجزائري .

تنص المادة 976 مدني على ان السندات الاسمية يتم رهنها بطريقة خاصة بها وقد بيئت نص المادة 3/31 تجاري هذه الطريقة بتحويلها " اما بالنسبة للاسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية والتجارية او المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب ان يثبت الرهن بمقتضى رسمي ويجب ان تقيده هذه العملية عنلى سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة (1) .

(1) يلاحظ ان هناك تناقض فادح بين النص الفرنسي والنص العربي للمادة 3/31 تجاري من جهة . وبما ان نص المادة 31 تجاري قد نقل من نص المادة 91 تجاري فرنسي فنلاحظ ايضا ان هناك تحريف لهذا النص المنقول منه من جهة اخرى .

ويظهر التناقض الموجود في نصي المادة 3/31 تجاري بان نص الفقرة الثالثة من هذه المادة المحرر بالعربية يفيد على انه يعالج حالتين وهي = الاسهم وحصص الشركاء . اما النص الفرنسي لهذه الفقرة يفيد على انه يعالج حالة واحدة فقط وهو كما يلي " à l'égard des actions des parts sociales des sociétés financiers "

وسبب التناقض ان في النص الفرنسي قد حذفت " الفاصلة " بين عبارة الاسهم والحصص مما ادى الى تغيير معنى النص جزريا .

بالاضافة الى ذلك فان النص العربي قد نص على حصص الشركاء اما النص الفرنسي فانه قد نص على des parts sociales وهي قد لا تفيد نفس المعنى .

مع ان كلا من النصين قد اقتبسنا من نص المادة 3/91 تجاري فرنسي الذي ينص على حصص الارباح - parts intér- des parts
-êts.

وتعليقنا على هذه الفقرة كما يلي = اذا افترضنا ان النص العربي هو الصحيح فان عبارة " حصص الشركاء " تفيد احدى المعنيين =

اما انها تفيد وتقصد حصص الشركاء في شركات الاشخاص وبالتالي يكون المشرع قد اخطأ على اساس ان هذا النوع من الحصص يتم رهنها عن طريق حوالة الحق (اكم امين الخولي المرجع السابق - ص 424) .

المرجع السابق ، Rogier susanne . P.132 (thèse 1939)

واما انها تفيد رهن حصص الارباح وبالتالي يكون المشرع ايضا في التناقض مع نفسه

اذ ان هذه الحصص لا يجوز ان تصدر من قبل الشركات ذلك بنص المادة 699

تجاري التي تقضي بما يلي " يحضر اصدار السندات وحصص الارباح وحصص

وبناء على هذا النص نخلص من ان رهن القيم المنقولة في تشريحتنا
ينفرد باحكام خاصة به لا نجد لها في معظم التشريعات المماثلة
وخاصة التشريع الفرنسي، الذي اقتبست منه بعض احكام نص المادة
31 تجاري، والتشريع المصري الذي اقتبست منه احكام نص المادة 976 مدني .

فمن جهة انه، حسنا فعل المشرع الجزائري، حينما لم يستعمل
عبارة ايضا " également " (1) التي اشارت جدلا طويلا بين الفقه والقضاء
الفرنسي، والمصري، وسوف نتعرض الى بعض من هذا الجدل عند الكلام
على السندات الاذنية (2) .

ومن جهة اخرى قد انفرد باحكام خاصة للقيم المنقولة، وغير
مفهومها، بحيث لم يعد يفهم منها ما تعارفت عليه التشريعات الاخرى
وما يفهمه الفقه والقضاء عامة . ذلك فبالرغم من ان المشرع التجاري قد
عرف السهم في المادة 698 تجاري على انه قيمة منقولة، فان منقولية
هذه القيمة لم يبق اى معنى، طالما انها جردت من اهم خصائصها،
وهي عدم قابلية التداول بالطرق التجارية (3)، بمقتضى نص المادة 700 تجاري
الذي يقضي بافراغ الحوالة في عقد رسمي .

= المؤسسين من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ " وان افترضنا ان النص الفرنسي
هو الصحيح، فان عبارة "parts sociales" تكون زائفة اذ لا تضيف سوى
الاسهم شيئا .

وعليه ففي كل الاحوال يجب اعادة النظر في هذه المادة وادخال تعديلات عليها
حتى يرفع عنها هذا الالتباس والغموض .

(1) ان عبارة (également) قد وردت في التشريع الفرنسي - راجع المادة 91
من هذا القانون . le gage peut également être établi par un transfert, a titre de garantie inscrit sur
lesdite registres.

(2) لكن وان كان المشرع الجزائري تجنب استعمال عبارة " ايضا " عندما تعرض لرهن
السندات الاسمية . قانه وقع في نفس الخطا الذي وقع فيه التشريع الفرنسي والمصري ،
ذلك باستعماله عبارة " ايضا " عندما تعرض لكيفية رهن السندات الاذنية كما سنرى في
ص 251 وما بعدها .

(3) ما سبق في البحث ص 232 و ص 237 (c'est par sa moblité qu'il est défini.

وعلى ذلك فلم يبق الكلام عن القيم المنقولة في ميدان الشركات في الجزائر (1) ، بل ولا يراد بهذه العبارة الا الاسهم التي يتم التنازل عنها بما يتم به التنازل عن الديون العادية في القانون التجاري ، وقد سبق ان انتقدنا موقف المشرع في اشتراط الرسمية في التنازل عنها على نحو اشد مما هو عليه حوالة الحق في القانون المدني (2) .

كذلك ان استعمال عبارة " قابلية التداول " في مواضع عند يدها منها نص المادة 703 و 704 تجارى لا يقصد بها ما اصطلح عليه فقها وقضاة (اى قابلية التداول بالطرق التجارية) وما يراد بهذه العبارة الا حوالة حق في شكله اشد مما هو عليه الوضع في القانون المدني ، ذلك لما اشترط ثوب الحوالة في عقد رسمي بدلا من ان يكتفي بمجرد عرفي ، فلقد نص في المادة 700 تجارى على وجوب ابرام عقد الحوالة في شكل رسمي اذا ما تعلق الامر بالاسهم ، كما يلاحظ ان هذه الظاهرة موجودة في كل القانون التجارى (3) ، ولذلك فلم يعد هناك فرق جوهري بين تحويل الدين العادى وتحويل السهم في قانوننا التجارى .

(1) بل لا تعتبر قيما منقولة السندات التجهيز التي اتشاهها المشرع بمرسوم رقم 91/71 الصادر بتاريخ 1971/4/9 طالما ان هذه السندات تنص في طيها على انها غير قابلة للتحويل ، لذلك يصح القول بان في الجزائر ليس هناك قيم منقولة بالمعنى الدقيق لان حصة التداول في القيمة المنقولة هي شرط جوهري فيها وبهذا يقول الاستاذ ريبيرت Ripert, T.I, n° 1540 ما يلي =
" Le titre est essentiellement négociable, c'est par sa mobilité qu'il est défini "

بالاضافة الى هذا فان احضر المشرع على الشركات المساهمة وغيرها من ان تصدر سندات القرض obligations التي تعتبر من القيم المنقولة (بمقتضى المادة 699 تجارى لدليل على نية المشرع من ابتعاد على هذا النوع من الاموال لما فيها من المضاربة وما يشوبها من الريا .

(2) ما سبق في البحث ص 224 وما بعدها .

(3) المواد 5/31 المتعلقة بتحويل الدين العادى ، والتنازل عن المحل التجارى م 79 ورهنه م 120 كما نص في موضع اخر كما يلبي " غير ان الرهن الخيازي الوارد على الادوات والمعدات الخاصة بالتجهيز يمكن ان تتم الموافقة فيها بواسطة عقد رسمي او عرفي =

ونحن نرى انه وان كان هذا الموقف يمتاز بتوحيد الصياغة في تحويل الحقوق التجارية (عادية كانت ام ثابتة في سندات) وموسع ذلك فلا نرى ميبراً في فرض شكلية معقدة بنزل أكثر تعقيداً من القانون المدني :

وخلاصة القول ان عبارته القيم المنقولة التي وردت في مواضع عديدة سواء في القانون التجاري (1) او غيره (2) لا تعني سوى انتقال الحقوق في وضع اشيد مما هو عليه القانون المدني .

ومما يزيد في الاستغراب انه بينما تقررت كتابة عقد الحوالة في شكل رسمي⁴ (في رهن الديون العادية (م 5/31) والتنازل عن الحصص في شركات التضامن (م 561) وتحويل الحصص في الشركات ذات المسؤولية المحدودة (م 572 تجاري) كشرط للاثبات فانها قد تقررت هذه الكتابة (في تحويل الاسهم) كشرط للانعقاد (م 700 تجاري)، مما يفيد من ان التنازل عن الحق العادي او المتمثل في الحصص اسهل اجراء من التنازل عن السهم في شركات المساهمة .

= م 152 تجاري " كذلك يشترط الرسمية في التنازل عن الحصص في شركات التضامن م 561 تجاري وشركات ذات المسؤولية المحدودة م 572 تجاري وهكذا

(1) مواد 2/31 و 3 تجاري والمادة 698 تجاري .

(2) وعلى سبيل المثال = المرسوم الصادر بتاريخ 1971/04/9 تحت رقم 71/91 المتعلق بتحديد شروط اصدار سندات التجهيز (J.O.n°30) وبالخصوص المادة 7 منه .

ومرسوم رقم 72/32 الصادر بتاريخ 1972/01/31 المتعلق بالتنازل عن العقارات والحقوق العقارية او المتعلقة بشراء او التنازل او رهن القيم المنقولة وخاصة المادة 2 منه .

المطلب الثالث - الشهادة المثبتة لقيود السهم المتنازل عنه في سجل الشركة .

إذا كان قد اشترط الرسمية في التنازل عن الحقوق الثابتة في سندات اسمية . فان الخصائص الجوهرية لهذه السندات تكمن في قيد اسم مالكيها في سجل الشركة ، لان عبارة الفقرة 3 من المادة 31 تجاري التي تنص على ما يلي " والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة " تفيد على ان التحويل سبقه التسجيل الالزامي في هذا الدفتر . ويسلم للمساهم شهادة اسمية تثبت بها عملية التسجيل او القيد .

فتسأل البعض عما اذا كانت تقوم حيازة هذه الشهادة مقام حيازة الحق الذي تمثله .

اما الفقه وكما سلف الذكر (1) يقول البعض منه ان هذه الحيازة لا تكفي بحجة عدم ادماج الحق في الورقة التي تثبتة وبحجة ان هذه الورقة يمكن الحصول على اكثر من واحدة وبالتالي فلن يتحقق الغرض من حيازته ، حيث انها لم تنزع الحيازة من يد المدين ، وهذا الاخير يمكن له استخراج شهادة اخرى مماثلة .

لكن القضاء الفرنسي قضى بان حيازة السند هو بمثابة حيازة الحق ذاته ولقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية عدم احكام اثار اليها الاستاذ ديريويي DERRUPE (2) تقضي على ان الرهن الذي تجريره الشركة على اسهمها الغير المكتب فيها بعد يعد صحيحا على اساس ان الرهن

(1) ما سبق ص 204 وما بعدها . . . DERRUPE (étude Hamel) 223

(2) Cass.ch.reunies.16 mars 1904.D.1904.1.321.note thaler.conclu-
- sion Baudouin.Civ.23 fevrier 1909.D.1909.1.478.Rec Sey.1909
1.39.Civ.23 Octobre 1929.D.1930.1.152.

DERRUPE (Hamel)P. 525. المرجع السابق - اشار اليهم في الحاشية .

الذي ينصب على الاسهم وكأنه ينصب تماما على الحق ذاته الذي يعود لحامل السند ضد الشركة المقترضة .

بل ذهب الى ابعاد من ذلك حيث اعتبر حائزا ، والدائن السدي له وصل الايداع لسند لحامله ، من قبل البنك متى كان هذا الوصول يتضمن ارقاما للسندات المودعة (1) ، غير ان المشرع الفرنسي قد وضع حدا لهذه الوضعية ، التي اثارت خلافا بين اتجاه الفقه والقضاء ، ينص صريح في قانون 24 / جوى / 1966 (2) حيث نص على ان الاسهم تكون قابلة للتداول بعد قيد الشركة في السجل التجارى ، او قيد اشارة التعديل اثر زيادة رأسمال . ومعنى ذلك انه لا يجوز تداول الاسهم قبل واقعة القيد ، ويفترض ايضا ان رأسمال قد تم الاكتتاب فيه بكامله وحصل اثبات الاكتتاب والدفعات بتصريح من المسؤولين بموجب عقد التوثيق (3) تلك الاجراءات التي تسبق عملية القيد (السدي اخذ به في تشريعتنا) وبالفعل فقد اخذ بهذا الحل المشرع الجزائرى (3) وعلى ذلك فلا يتصور رهن الاسهم في القانون الجزائرى قبل ان يكتتب فيها ، بل وحتى وان قيد في السجل التجارى اذ وكما سلفا ، لم يكفي تشريعتنا ، بهذا الحد بل اشترط في الحوالة ان تكون في عقد رسمى والا لكان مآلها البطلان (م 700 تجارى) .

وبناء على ما تقدم انه لا يمكن تصور قيام حيازة الوصل مقام حيازة السند في القانون الجزائرى ، طالما ان حيازة السند ذاتها لا تكفي .

(1) Cass. Civ. 25 Juin 1891. D. 99. 1. 185. 19/2/1894. D. 94. 1. 420. (2) المادة 271 تجارى فرنسي (من قانون 1966/7/24) . (3) المادة 703 تجارى والمادة 598 ، 599 ، 600 تجارى .

هذا ومن الجدير بالملاحظة ان حيازة الوصل قد تثار بمناسبة ايداع الاسهم لدى احد البنوك، كما قد تثار بالخصوص في حالة ما اذا كانت الاسهم في وضعيعة ايداع اشترطه القانون .

وذلك مثلا كاسهم الضمان التي ~~يضمها~~ ^{يضمها} اعضاء مجلس الادارة في شركة المساهمة (مواد 619 و 620 تجاري) (1) والاسهم العينية خلال السنتين الاولى من تاسيس الشركة (مواد 709 و 2/808 تجاري) (2) ففي هذه الحالات لا يسلم للماحب السهم سوى وصلا، ليتمكن به اثبات سنداته المودعة .

لذلك يقول البعض ان عدم جواز التصرف في الاسهم العينية او الضمان يعتبر تقييدا لمبدأ حرية التداول في الاسهم (3) ويلحق بهذه الاسهم، تلك التي وقع الحجز عليها للسرقة او الضياع .

غير ان البعض الاخر من الفقهاء يرون ان المنع من التصرف في هذه الاسهم لا يعني المنع من اجراء الرهن عليها، لان رهن الاشياء غير القابلة للتصرف فيها جائز، على ان يكون هذا المنع مؤقتا، كما سل ما في الامر

(1) نص المادة 619 تجاري تشترط في مجلس الادارة ^{الادارة} عدد من الاسهم لا يقل عن 20% من رأسمال الشركة . اما المادة 620 تجاري فانها تمنع التصرف فيها الى ان تصادق الجمعية العامة العادية على حسابات السنة المالية الاخيرة لادارتهم . وهذا ان النصان قد نقلهما المشرع من المشرع الفرنسي المادة 95 و 96 تجاري من قانون 1966/07/24 .

(2) نص المادة 709 تجاري يحظر التداول بالاسهم العينية الى بعد سنتين من تاريخ القيد اما المادة 2/808 فانها تعاقب من تعامل في هذه الاسهم قبل انقضاء الاجل المضروب عليها .

(3) المرجع السابق M. JUGLART et B. IPOLITO. 4è Volume. P. 385. n° 1782. "toute fois, certaines restrictions sont quelque-fois apportées a la libre negociation des valeurs mobilières, actions d'apporte, actions de garantie, titre perdus ou volés et frappés d'oppositions".

انها تتوقف suspendu حقوق الدائن المرتهن في التنفيذ عليها حتى يتم تحريرها (1) ، وفسى نظراناً انه بالرغم من وجاهة الراى الاخير من الناحية القانونية ، فان التصرف بالرهن في اسهم الضمان خلال مدة الادارة والعينية خلال السنتين الاولى ، قد لا يجدى الدائن نفعاً من الناحية العملية ، لان الشركة ستأثر لا وحدث ما ، عند ما يتزاحم حق الدائن المرتهن وحق الشركة في التمويل ، وما لحقها من ضرر من سوء التسيير او لظهور عيب خفي في الحصة المقدمة لها . بالاضافة الى هذا فانه ليس من الاكيد ان يبقى شيء من هذا المال يمكن التنفيذ عليه عند ما تلحق بالشركة خسائر من سوء التسيير الذى يثبت فيه خطأ مجلس الادارة او عند ما يظهر عيب خفي في الحصة العينية (2) فني الاجال القانونية .

المبحث الثاني = رهن بعض الحقوق الاخرى التي لها صلة بالسهم .

Promesse d'action

المطلب الاول = رهن الوعد بالسهم

سبق ان اشرنا من انه لا يجوز رهن اسهم قبل الاكتاب فيها ، طالما ان المشرع قد ربط جواز التداول بالسهم بقييد الشركة في السجل التجارى ، وهذا الوضع يؤول بالضرورة الى عدم جواز رهن الوعد بالسهم الذى يحصل عليه المكتتب من قبل المؤسسين ، بعد دفع حصته وقبيل اتمام اجراءات التأسيس (3)

-DERRUPE (Etude Hamel) P. 526.

(1) المرجع السابق

-DEMONGUE.R.T.D.Civ.1916.P.123.

-Rogier Susanne.P.133.

المرجع السابق ،

(2) المادة 693/694 تجارى الخاصة بسوء ولية مجلس الادارة والمادة 422 مدني الخاصة بضمان العيوب الخفية للحصة .

(3) يلاحظ ان نص المادة 803 تجارى اورد في الفقرة الثالثة منه نصاً يعاقب من يتعامل بالوعد بالسهم لا نرى له مبرراً . لان هذه الفقرة قد نقلها المشرع الجزائرى من نص المادة 433 تجارى فرنسي (قانون الشركات) غير ان المشرع الفرنسي قد نص على الرعد بالسهم في الفقرة الثانية من المادة 271 تجارى (قانون الشركات) ولما نقل المشرع الجزائرى هذا النص في المادة 703 تجارى حذف الفقرة المتعلقة بالوعد بالسهم ، كان ينبغي ان تحذف ايضا هذه الفقرة عندما نقل نص المادة 433 من قانون الشركات والمتعلق بالمخالفات وهذا في نظراناً تناقض من حيث انه يعاقب المشرع الجزائرى على شيء غير موجود وتناقض ايضا مع القانون الجنائي الذى يقضي بان لا جريمة الا بوجود نص صريح يمنع ذلك .

لكن الفقه يرى بجواز رهن هذا الوعد بالسهم عن طريق حوالة الحق (1) .

المطلب الثاني = رهن حق الانتفاع بالسهم .

قد يحدث ان يكون مالك الاسهم غير حائزا للضمانات المثبتة له الحق كما في حالة الرقبة^{مالك} الذي يقتضي منه تسليم سندات له صاحب حق الانتفاع الامر الذي يثير التساؤل عما اذا كان مالك الرقبة الذي ليس بيده السند ان يرهن هذه الاسهم؟ المشرع لم ينص على هذه الوضعية غير انه وفي تنازلاً لا يمنع من التصرف فيها عن طريق حوالة الحق يعتقد رسمي في القانون الجزائري .

طالما ان حيازة السند في القانون الجزائري ليست لها اهمية وان اثبات الحوالة لم تنال بالحيازة المادية بل بابرام عقد رسمي ، ويشار السؤال الثاني وهو متى تكون الشركة والمنتفع بالسهم ، يحوزان لصالح الدائن المرتهن؟ وللاجابة عن السؤال فقد اختلف القضاة والفقه فسي الموضوع ، اما القضاة ، فيميز بين رهن اسهم الضمان والاسهم العينية ، ويمن ملكية الرقبة ، ويشترط لرهن اسهم الضمان والاسهم العينية التي تكون تحت حيازة الشركة (لكني تعتبر هذه حائزة لصالح الدائن المرتهن)

(1) المرجع السابق الذي يقول = S.ROGIER.P.134 et suit.

" quoi qu'il en soit, ce droit peut être cédé mai, par suite de sa non négociabilité, il ne peut que l'être conformément à l'article 1690 en consequence il pourra être mis en gage en observant les formes requises par l'article 2075 C:Civ et 91/4/comm."

ان تبليغ الشركة وان تقبل بان تحوز في المستقبل لصالح الدائن المرتهن ولحسابه (1)، واما رهن ملكية الرقبة فانه يكتفي بايلاغ المنتفع لكي يحوز لصالح الدائن المرتهن ، دون اشتراط الحصول على قبول منه (2) بشرط ان تكون الحوالة في هذه الحالة على سبيل الضمان .

اما الفقه فلا يشترط فني هذه الحيابة الا الايلاغ دون تمييز بين رهن اسهم الضمان واسهم الخينية او مجرد رهن ملكية الرقبة .

وبذلك يرى الاستاذ DERRUPE بان موقف القضاة كان متشددا جيدا لا مبرر له ، وان اشتراط صدور القبول من الشركة قد لا يضيف شيئا من ضمانات الدائن المرتهن ، ان المهم هو منع المدين الراهن متن ان يستعيد حيازة السند ومنعه من التصرف فيه مرة ثانية باضرار بالدائن ، والا بلاغ وحده يكفي لتحقيق هذا الغرض (3) .

(1) Cass.Civ.25.11.1891.D.1891.1.506.
Besançon 18/12/1895.Rec sery.96.2.71.

• اشار اليهم الاستاذ ديوري DERRUPE ص 530 - المرجع السابق .
(2) Paris.7.11.1894.GAZ-Palais 1894.2.672.

هذا الحكم صدر في قضية متعلقة برهن ملكية الرقبة للسند ، وفيه يشترط القضاة ان يبليغ المنتفع وان تكون الحوالة عن سبيل الضمان ، اشار الي هذا الحكم ايضا DERRUPE في ص 530 فقرة 20 - المرجع السابق .

(3) المرجع السابق DERRUPE (étude Hamel) P. 530, n° 21.

المطلب الثالث = موثقتنا من الخلاف الذي ثار بين الفقه والقضاء الفرنسي .

نحن لا نرى أهمية عملية لهذا الخلاف الذي ثار بين الفقه والقضاء الفرنسي . ونرى بالتالي انه لا يشترط ابلاغ الشركة ولا صدور قبول عنها .

فاما الابلاغ فقد يفنيا عنه تقييد الحوالة على سبيل الضمان في سجلات الشركة ، وبذلك يتحقق نفس الغرض الذي يهدف به الابلاغ وهو تحقق علم الشركة بهذا القيد ، وتحقق علم الغير باطلاعه على هذه السجلات .

اذن فالقيد يقوم مقام الابلاغ وبذلك يتحقق غرض المشرع الذي نص في المادة 976 مدني على ان رهن السندات الاسمية او السندات الاذنية لا حاجة لها الى الابلاغ .

اما القبول = فيجب التمييز بين الشركة المدنية بالحق المثبت بالسهم والشركة المنوذة لديها السند ، وبالتالي تكون مدنيية بالرذء السند ذاته ، عند انتهاء مدة الايداع ، وفي هذه الحالة تكون حائزة للسند ، لكن عند ما تكون للشركة صفتان (مدنية ومودعة) هنا (فخلافاً لما قلناه بان حيازة الوصل او شهادة الايداع لا تقوم مقام حيازة السند في القانون الجزائي ، بحجة ان حيازة السند ذاته لا تكفي ، ذلك لاشتراط المشرع الرسمية) (1) يجب اعتبار شهادة الايداع للاسهم الضمان والاسهم العينية ، بمثابة (السهم ذاته) طالما انه صدر من نفس المدين (وهو الشركة) .

وبهذا الاعتبار نكون قد تجنبنا كل العراقيل ، وهي = اعتبار الشركة مدنية ، لا حائزة . وتمتبر الحيازة موجودة تحت يدى الدائن المرتهن لا لدى الغير . اذ قد سبق ان قلنا ان حيازة السند لا يجوز ان تستند الى المدين الملتزم

(1) ما سبق في البحث - ص 240 .

بالمدين (1) للمرهون، وهو في هذه الحالة الشركة) لان ذلك معناه وضع بين يدي المدين الوسيلة التي يثبت بها الحق عليه، وفي نفس الوقت تجرد الدائن الراعي من الوسيلة التي يثبت بها دينه على المدين، فان اعتبرنا الشركة حائزة، نكون قد وضعنا بين يديها الوسيلة التي يثبت بها الحق عليها، وللخروج من هذا (المازق) يجب اعتبار شهادة الايداع التي تسلّم لمالك الاسهم بمثابة الاسهم ذاتها، ورهن هذه الاسهم يتم برهن هذه الشهادة، وتتم الحيازة بها، ولا مخافة في ذلك طالما ان هذه الشهادة قد صدرت من نفس المدين (وهي الشركة).

وتطبيقاً لهذا الجمل، تكون الحيازة لدى الدائن المرتهن، وليس لدى الغير (اي الشركة) وكذلك يودي بنا الى الاستغناء عن القبول الذي اشترطه القضاء الفرنسي، (ذلك القبول الذي يصدر عن الشركة باعتبارها غيراً حائزاً).

انما نكون امام وضع عادي وهو حوالة الحق الذي على المدين (الشركة) والحوالة تتم دون رضا المدين تطبيقاً للقواعد العامة في حوالة الحق.

كلما هو في الامر تعتبر حيازة الشركة للسهم الاصلي بمثابة رهن حيازي ضماناً لدين محتمل الذي قد ينشأ او يثبت في ذممة المدين الراعي (وهذا الرهن جائز) (2) وان تسليم شهادة الايداع مكان الاسهم تعتبر بمثابة رهن جندي، وارد على مال واحد، وهذا ايضاً جائز.

وعند التزاحم بين حق الشركة في الرهن وحق المرتهن الثاني تكون الاسبقية للشركة في التنفيذ على الاسهم لان حقها في الرهن

(1) ما سبق في البحث - ص 143 ر.

(2) راجع ما قلناه في جواز اجراء رهن ضماناً لدين احتمالي - ص 5 وما بعدها.

قد نشأ قبل انشاء الرهن الجسد يد ، وبما ان الاحتجاج بالرهن ضد المدين مرتبط وجودا وعدمه باحدى الويلتين ، اما ابلاغه ، او الحصول على قبول منه للرهن ، ووجود هذا الابلاغ يفنينا عن القبول المعادل له ، وبما ان القيد يقوم في نظرنا مقام الابلاغ فبالتالي يعتبر انه متوفر بوجود القيد ، بحيث يمكن الاحتجاج بالرهن ضد الشركة (دون الابلاغ) . وبما ان القيد في سجل الشركة يفيد أيضا ثبوت التاريخ له ، فبإمكاننا الاحتجاج بالرهن ضد الغير (دون المرووع عن طريق الابلاغ او القبول الثابت التاريخ) لكن يجب في كل حالة كتابة عقد الحوالة في عقد رسمي .

وهكذا نخلص من ان القيد في سجلات الشركة يفيد امرين الابلاغ ، وثبوت التاريخ له . ونخلص أيضا من ان الشركة لا تعتبر حائزة لاسهم الضمان او الاسهم العينية بل هي مدينة بها (ام الحائز هو الدائن بمقتضى شهادة الايداع) .

وقد يقال ان مضمون الحق في شهادة الايداع ليس واحد مع مضمون الحق في السهم ، ونرد على ذلك ببيان الامر هنا لا يشار طالما ان هناك نفس المدين (وهو الشركة) ، فاذا كان من مضمون السهم يثبت حقوق المساهم في ذمة الشركة ، فان شهادة الايداع المسلمة له تفيد ايداع السهم لدى الشركة وتفيد أيضا ان هذا السهم المودع يتضمن حقا ثابتا في ذمتها ، ان فالنتيجة واحدة لان في النهاية تكون العبارة بالحقوق لا بالشكل الذي يثبت به .

ولا يقال ان للمدين الراهن امكانية استخراج شهادة اخسرى لان هذه الامكانية مستبعدة وتكون الشركة مسؤولة عن ذلك طالما ان الشهادة الاولى قد استخرجت قبل تاريخ اجراء قيد الرهن في سجل الشركة ، وقيد الرهن ذاته يفيد امرين =

1 - يمنع الشركة ان تدفع الحق المرهون للمدين الراهن (يعني الشريك) .

2 - يجب على الشركة ان تنقل اشارة قيد الرهن على الشهادة المستخرجة بعد اجراء الرهن القيد ، وهذه الاشارة توضع المدين الراهن ان يجرى رهون جديد على نفس الاسهم الا بقدر ما يستوعبه المال ، وبهذا الاشارة يتحقق علم الغير بمجرد الاطلاع على الشهادة .

ونكتفي بهذا القدر فيما يخص رهن الاسهم الاسمية وتتولى موضوع رهن السندات الاذنية .

المبحث الثالث = رهن السندات الاذنية

وكما نص المشرع في المادة 976 مدني على السندات الاسمية فانه قد نص على ان السندات للامر يجرى رهنها بالطريقة الخاصة بها .
وبين نص المادة 2/31 هذه الطريقة بقولها " ويثبت الرهن ايضا بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير الى ان القيم قد سلمت على وجه الضمان " .

ويستفاد من هذين النصين ، من ان الطرق التي ترهن بها السندات الاذنية تجارية كانت ام مدنية هي واحدة (1) لان الطريقة الخاصة التي احالنا اليها المشرع يقتضي نص المادة 976 مدني ما هي الا الطريقة التي اوضحها القانون التجاري في الفقرة الثانية من المادة 31 .

غير ان هذه الفقرة يشوبها بعض الغموض نتيجة ورود في الفقرة ذاتها عبارة " ايضا " بقولها " ويثبت الرهن ايضا " تلك العبارة التي

(1) وهذا المعنى الاستاذ . Rogier susanne المرجع السابق - ص 174 .

استوقفت الفقه والقضاة زمنا طويلا (1) ولا زال النقاش يدور حولها
التي يؤمنها هذا فلقد ثارت الاختلافات بين الآراء الفقيه واحكام القضاة
حيث ادخلت التاويلات عليها (نقيضها عندنا شيئا ما دون التعميق
في الموضوع حتى لا تحيدنا الفكرة عن موضوع بحثنا) وكان بإمكان
المشرع تجنبها وبالتالي تجنب العيوب التي تنسب لها .

وسنحاول ان نلخص هذا الجدل الذي ثار في فرنسا بين الفقه
والقضاة في المطلبين الاتيين =

المطلب الاول = راي الفقه

يرى الفقه الراجح في فرنسا على ان عبارة " ايضا " تفيد الاحالة
الى احكام حوالة الحق في القانون المدني . بمعنى ان السنسندات
الاذنية قد ترهن بالطرق التجارية اي بالتظهير التاميني كما يمكن
الاستغناء عن هذه الوسيلة وبالتالي فتطبق عليها القواعد العامة في
حوالة الحق في القانون المدني (2) ويستوى في ذلك ان يكون السند مدنيًا
ام تجاريًا .

(1) ذلك لورودها في التشريعين الفرنسي والمصري ، سبق ان اشرنا اليهما

P.512.n°9

(2) وبهذا المعنى يقول الاستاذ (Etude Hamel) DERRUPE المرجع السابق

" Les termes " aussi et également " doivent être compris comme
se referant au droit commun de la signification seul précédé,
normal de la mise en gage des valeurs incorporelles avant 1863,
l'indes et le transfert sont les facilités imaginees par le droit
commercial pour la transmission de certaines; les intéressees sont
libres de renoncer à ces faveurs, mais ils doivent alors, aussi
bien pour la cession que pour la mise en gage, faire signification
au débiteur, obtenir de lui une acceptation par acte authentique"

وراجع ايضا الاستاذ اكرم امين الخولي ، المرجع السابق ص 424 الذي يقول " ويذهب
الفقه الراجح في فرنسا الى ان المقصود هو رهن هذه الصكوك باتباع اجراءات ينص
عليها التقنين المدني لرهن الحقوق وهي قبول الدين او اعلانه "

وبهذا المعنى تقول الاستاذة = Rogier Suzanne, thèse, Paris. 1929.
P.166 à 170.

اما الفريق الثاني فقد اختلف في شأن رهن السندات الاذنية المدنية فالبعض منهم (1) يرى ان هذه لا ترهن الا بما ترهن به الحقوق في القانون المدني، لذلك بحجة ان الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسي الصادر في 23 ماي 1863 لم يعتني بالرهون المدنية وان لهذا القانون صفة تجارية مما يجعله غير قابل للتطبيق الا على الاعمال التجارية، وعليه فانه لا يمكن القول بان التظهير يكفي بان ينقل ملكية هذه السندات

والبعض الاخر من هذا الفريق (2) يرى بان السندات الاذنية المدنية لا ترهن الا بالتظهير. ومنهم من يتطلب تحرير عقد الرهن في كتاب ثابت التاريخ (2) ومنهم من يتطلب كتابة هذا العقد عندما تتجاوز قيمة المال الحد الذي يشترطه القانون لاثبات الالتزام بالكتابة (3) ومنهم من يكتفي بالتظهير فقط دون اشتراط كتابة عقد الرهن (مهما بلغت قيمة المال المرهون او الالتزام المضمون) (4).

MM. BANDRY Lacautinerie, et Loynes. Traité théorique du droit Civil, DW, nautissement des prévilèges et Hypothique et de l'expropriation forcée. 3è éd. T. n° 63/176

اشار اليه الاستاذ روجي ص 176/63

Lacour et BOUTERON, Précis de droit commercial. 3è ed. T. I. n° 869.

BUCHÈRE, traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics. 2è éd. n° 452.

اشار الى هذا المرجع السيدة Rogier Suzanne المرجع السابق - ص 176 . ومازوا = ان يقول ولو تعلق الامر برهن السند لحامله فانه يشترط بجانب تسليم السند اتمام الابلاغ او الحصول على قبول المدين لكي يحتج بالرهن تجاه اي كان، فشكليات حوالة الحق اذن تكون دائما مطلوبة في رهن الديون المدنية .

MM. Planiol, traité élémentaire de droit civil, 9è ed. T. II n° 2412. (S. Rogier. P. 176) اشار اليه في المرجع السابق (2)

MM. Thaller et Perceron, traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime. 7è ed. n° 1082. مشار اليه من طرف (S. Rogier. P. 177) المرجع السابق .

M. Auby et Rau, cours de droit civil français, 5è ed. T. VI n° 433. (4)

M. BEUDANT, cours de droit civil français, les sûretés personnelles et réelles, T. I. n° 149.

مشار اليهما من طرف (S. Rogier P. 176) المرجع السابق - ص 176 .

المطلب الثاني = رأى القضاء الفرنسي .

اما القضاء الفرنسي فقد ذهب الى تفسير الفقرة الثانية من المادة 91 تجارى (التي تقابلها المادة 2/31 تجارى جزائرى) عن طريق تقريبها بالفقرة الاولى فسي نفس المادة (اى المادة 91 تجارى) التي تحرر الرهن التجارى في اى اجراء شكلي في اثباته بين الطرفين وبالنسبة للغير .

وبالتالي فانه يفسر عبارة " ايضا " على انها تفيد جواز رهن السندات الاذنية اما بالتظهير التاميني واما بخلط طرق التنازل عن الحق في القانون المدني واما باتباع طرق اخرى التي ترهن بها المنقولات المادية فسي القانون التجارى . بمعنى انه يجوز رهنها بمجرد تسليم السند الى الدائن المرتهن دون اجراء اخر (1) ، ويؤيد هذا الرأى بعض الفقهاء المصريين (2) بحجة ان رغبة المشرع هي تحرير الرهن التجارى من القيود التي يقبضها التقنين المدني فيما عدا انتقال الحيازة للسريان الرهن التجارى في حق الغير .

المطلب الثالث = موقفنا من هذا الجدل .

ان هذا التفسير الذى انتهى اليه الفقه والقضاء الفرنسي قسدا لا يصدق تطبيقه في التشريع الجزائرى . ذلك لان رهن الديون التجارية في تشريعنا تنفرد باحكام خاصة بها لم تعرف في التشريعات الاخرى (مثل التشريع الفرنسي والمصرى) كما سلف الذكر (3) .

MAZEAUD.P.78.n°71.

M. de Juglart et Ippolito, traité de droit commercial T.I.n° 255- 3

"cette mise à la disposition غيبيلون ما يبي سبقت الاشارة اليه - غيبيلون ما يبي sens dossier, qui s"effectue" par une simple remise matreille des contrats, permet une constitution de gage au profit des porteurs de billets".

مع الملاحظ ان هذا الاجراء قد نشأ بقانون 1969/12/31 الفرنسي ، المادة 4/16 Bellet de mobilisation يتعلق بالخصوص برهن السندات المحولة .

(2) اكم امين الخولي - المرجع السابق - ص 425 .

(3) ما سبق ص 21 وما بعدها من هذا البحث .

ولذلك فان استغناء الاطراف عن استعمال طريقة التظهير التاميني التي منحها اياهم المشرع استثناءً يفيد ان عبارة "ايضا" تحيل الى القواعد الاخرى غير التظهير، لكن المشرع لم يبين لنا اي نوع من القواعد هذه .

فيشار بالتالي اشكال فيما اذا كان يقصد تطبيق احكام المواد 969، 975، 241 مدني التي تكفي بتحرير عقد الحوالة في شكل عرفي، مع ابلاغ المدين او الحصول على قبول منه، وبهذا نكون قد اخذنا بما اخذ به الفقه الراجح في فرنسا .

ام ان عبارة "ايضا" يقدم بها تطبيق احكام المادة 1/31 التي تحيل بدورها الى المادة 30 تجاري وبالتالى يتم رهن هذه السندات من دون شكلية بمجرد التراضي، وتتم الحيازة فيها بحيازتها، ويشنت رهنها بجميع وسائل الاثبات، فنكون قد اخذنا بما انتهى اليه القضاء الفرنسي .

ام ان هذه العبارة "ايضا" يقصد بها الاحالة الى احكام المادة 5/31 تجاري التي تنفرد بوضع خاص غير مالوف لزمن الديون التجارية والتي تقتضي اثبات حوالة الحق في عقد رسمي .

والواقع ان المشرع الجزائي لما ميز بين احكام رهن الديون العادية المدنية عن احكام الديون العادية التجارية، فعند الاستغناء عن طريقة التظهير يقتضي قبل كل شيء تكييف الطبيعة القانونية للحق المرهون، فان تبين بعد التكييف ان الحق المرهون مدنيا، طبقت عليه احكام حوالة الحق في القانون المدني . اما اذا كان الحق المرهون تجارياً، فلا تنطبق عليه الا احكام التي تطبق على رهن الديون التجارية (م 5 / 31) مشددة كانت ام مبسطة .

وعليه فلا يمكن القول بجواز رهن السند الاذني بطرق رهن الديون العادية المدنية الا اذا كانت طبيعة الحق المشمل بالسند مدنية .

لان نص المادة 5/31 تجارى نعتبر استثناء عن القانون المدني
وتقييدا له . حينما اشترطت الرسمية في اثبات الحوالة ، ونحن سبق
ان انتقدنا هذا الموقف .

وهذا المشكل كان لن يشار له لولا نص المادة 2/31 التي تنص
على عبارة " ايضا " ونص المادة 5/31 التي تشترط اثبات الحوالة في
عقد رسمي .

ولذلك فبجانب اقتراحنا الاول على المشرع الغاء نص الفقرة 5 فاننا
نقتح الغاء عبارة " ايضا " في الفقرة الثانية من المادة 31 تجارى .

ذلك لان الضاخ الطبيعي والملائم لرهن السندات الاذنية هو التظهير
وحده وبالتالي فلا حاجة لنا لهذه العيارة التي لا تثير الا الغموض
والابهام .

وبهذا انتهى من موضوع رهن السندات الاسمية والاذنية فننتقل
الى الباب الثالث من هذا القسم الذى نتناول فيه الاحكام الخاصة
بالتنفيذ على الرهون عند عدم الوفاء .

الباب الثالث

التفويض على المرهون عند عدم الوفاء

تختلف اجراءات التفويض على الرهن عند عدم الوفاء في بعض الاحكام باختلاف ما اذا كان الرهن مدنيا ام تجاريا، وسنوالي شرح هذه الاجراءات فيما ياتي =

الفصل الاول

التفويض على الرهن المدني

تمهيد =

قد يحدث ان يحل اجل الدين ويعجز او يتقاعد او يرفض المدين الزاهن الوفاء به، فيكون امام الدائن المترهن وسيلتين على الاختيار لاستيفاء حقه =

اما ان يبيع الشيء المرهون بالمزاد العلني او بالبيع الودعي بعهده في البورصة او في السوق ان كان الشيء ورقا ماليا او سلعا (1) (م 975 مدني) واما ان يملك الشيء المرهون مقابل الدين الذي على المدين بعد تقييمه من طرف خبير =

ففي الامرين يجب ان يحصل على اذن المحكمة بذلك، وتسمى الوسيلة الاولى البيع الجبري للمرهون وتسمى الوسيلة الثانية طلب من المحكمة الامر بتملك الشيء المرهون، ذلك ما سنراه في المبحثين الاتيين =

(1) تناغو - المرجع السابق - م 398.

- المبحث الاول = البيع الجبري
- المبحث الثاني = طلب تمليك المرهون

المبحث الاول = البيع الجبري

تنص المادة 1/973 مدني على ما يلي "يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني او بسعره في السوق"

ويستفاد من هذا النص ان التنفيذ على المال المرهون بالبيع يستلزم توافر الشروط الاتية =

المطلب الاول = يشترط ان يطلب المرتهن الاذن من القاضي بان يرخص له بالبيع

وهذا الاجراء لازم في الرهون المدنية وان كان بيد المرتهن سنداً تنفيذياً (1) (ويعفي من هذا الاذن الرهن التجاري كما سنرى (2)) فهو من النظام العام تقرر لمصلحة المدين الراهن ، مخافة من ان يباع الشيء بثمان اقل من قيمته اضاراً بالمدين .

وعلى ذلك فشرط البيع بدون اتباع هذا الاجراء الذي قد يدرجه المرتهن ان ابرام العقد او يعقد لاحق قبل حلول اجل الدين ، يكون باطلاً ، وقد يبطل العقد ذاته ان كان هذا الشرط اسناسي فيه ذلك بحكم نص

(1) - Paul Dupont DE-LES TRAITÉ, droit civil, suretes, privilège et Hypothèque, 5è ed.1977.Paris.P.12.
(2) - Les MAZEAUD.P.85.n° 77

المرجع السابق ،

(2) - MAZEAUD.P.85.n° 77. نفس المرجع .

المادة 960 مدني التي تحيلنا الى نص المادة 903 مدني ، وسنعود اليها فيما بعد (1) .

وهكذا فقد حقق المشرع بهذا النص الحماية للمدين ، حيث قيّد حرية الدائن المرتهن (الطرف القوي في العقد) في استعمال حقه في التنفيذ على الرهن كيفما شاء ، يفرض عليه الرقابة القضائية ثبت في المناسبة التي يجرى فيها البيع بالحصول على اذن منها .

المطلب الثاني = يشترط ان يجرى البيع بالمزاد العلني او بسعر التقييم الرسمي في البورصة (2) .

ان كان من المنقولات الخاضعة لهذا التنظيم او بضمن المثل في السوق (3) ذلك ما سماه الفقه بالبيع الودي (4) ، وهذا الاجراء فرضه المشرع ايضا على المرتهن حتى لا يبيع الشيء اينما شاء .

هكذا كفل المشرع حماية المدين بادراج هذه القاعدة التي تضمن له بيع المنقول بضمن معقول ، كما ان المشرع قد اعفى الدائن المرتهن من اتباع الاجراءات المرسومة في قانون الاجراءات المدنية ،

(1) ان نص المادة 903 مدني يتناول موضوع تملك او بيع المنقول دون اجراءات عند عدم الوفاء بالدين

(2) يلاحظ ان نص المادة 973 مدني التي تشترط اجراء البيع بالمزاد العلني او بسعره في السوق قد اقتبست من نص المادة 1121 مدني مصري ، وهذا التشريع ينص على اجراء اخر وهو سوق البورصة ، ولما نقل النص الى التشريع المدني الجزائري حذفته عبارة البورصة وفي نأرنا ان عبارة النص الجزائري اصح لان عبارة "سوق" اعم بحيث تكفي بأن تشمل سوق البورصة .

(3) شمر الدين الوكيل - ص 536 - المرجع السابق .

(4) تناغو - ص 398 المرجع السابق - الدكتور محمد حسنين ، طرق التنفيذ

في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية - ص 85 ط 1982 .

لاجزاء البيوع الجبرية (1) فسمح له بان يبيع الشيء المرهون دون الحجز عليه مسبقا . لان هذا الاجراء يهدف منه وضع الشيء تحت يد القاضي حتى لا يتم تهريبه او تخزينه، ريثما يحصل الحاجز على وسيلة التنفيذ عليه، وهذا الهدف قد تحقق سلفا، طالما ان الحيابة قد سلمت للمرتهن، لكن بما ان عقد الرهن عندنا عقد رضائي لا يقتضي تسليم الحيابة، فقد يحدث ان يقسم عقد الرهن دون انتقال الحيابة ففي هذه الحالة ليس للمرتهن التنفيذ على المرهون الا باستيفاء اجراءات التنفيذ المرسومة في قانون الاجراءات المدنية (م 330 و 369 وما بعدها) .

واعفاء الدائن المرتهن من اجراء الحجز المسبق يكون مفيدا له لانه ينفذ على المرهون بسرعة فائقة ويكون مفيدا ايضا للمدين حيث لا يكلفه التنفيذ نفقات باهظة ان هذه الوسيلة تكون باقل كلفة ونفقة .

هذا ويمارس المرتهن حقه في التنفيذ باعتباره دائنا مرتهنا، كما سبق الذكر (2) على الشيء المرهون، فان لم يكف هذا المال المرهون ينفذ على جميع اموال المدين الغير مرهونة له باعتباره دائنا عاديا، على الا يتعسف في استعمال هذا الحق، فعليه ان يبدئ التنفيذ على المرهون اولا فان تبقى شيء من دينه لم يستوفيه فينفذ على المال الغير مرهون .

(1) استاذنا محمد حسنين - طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية، 1982، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر - ص 80 وما بعدها .

- MAZEAUD.D.P.84, n°77 وخاصة ص 85 - تناغو - ص 398
- MARTY- RAYNAUD.P.57.n°96. في المراجع السابقة

(2) السهوري - ج 10 فقرة 173 - ص 416 وما بعدها و ص 835 فقرة 580 .

- Civ.3.02.1937.D.H.1937.165.
اسرار الى الحكم الاستاذ HEMARD المرجع السابق - ص 504 .

كما ينبغي ان يتجزأ التنفيذ على المال يفي بالدين، ولا يزيد عليه كثيرا (1) ولا يضر من ان يكون المرتهن ذاته من المرزايدين طالما انه يمارس البيع لصالحه باعتباره اصيلا عن نفسه ولا وسيط او وكيلاً عن الراهن (2) .

ويشترط استصدار الاحكام اللازمة للتنفيذ لانه كدائن مرتهن حيازة قد لا يكون مزودا بسورقة رسمية (3) فان كان الراهن كفيلا عينيا فلا يجوز للمرتهن التنفيذ الا على العين المرهونة كما ليس للكفيل الدفع بالتجريد (م 901) (4) الا اذا اتفق على ذلك بينه وبين الراهن والدائن المرتهن لكن يجوز لهذا الكفيل ان يتمسك بماله من دفعه قبل الدائن المرتهن الذي تعاقد معه كما يجوز له ان يستفيد باستعمال الدفع التي حقت للمدين قبل الدائن المرتهن، وحتى وان كان المدين قد سبق ان تبازل عنهما او عارض في التمسك بها ذلك استنادا الى القواعد العامة (5) .

فان كان موضوع الرهن مبلغا من النقود، فيستم التنفيذ عليها باجراء

-
- (1) السنهوري - ج 10 - ص 835 -- فقرة 580 المرجع السابق .
 - (2) MAZEAUD, P.85, n°77.
 - (3) سليمان مرقس - فقرة 72 - ص 136 اشار اليه الاستاذ السنهوري - ج 10 - ص 423 حاشية رقم 2 .
 - (4) السنهوري - ج 10 - ص 835 - فقرة 580 ونص المادة 320 من قانون الاجراءات المدنية - محمد الحسين - طرق التنفيذ - ص 42 - وبهذا المعنى MARTY et RAYNAUD, n° 95.
 - (5) اكرم امين الخولي، العقود التجارية - المرجع السابق - ص 429 فقرة 363 .
 - (6) هذه المادة وردت في الرهن الرسمي لكن تطبيق على الرهن الحيازي بحكم الاحالة التي وردت بنص المادة 960 مدني اليها .
 - (7) السنهوري - ج 10 - ص 836 فقرة 581 .

المقاصدة عند توافر شروطها (1) بين الدين المضمون بالرهن والمبلغ المرهون، فان كان المبلغ المرهون اقل من الدين المضمون ظل المرتهن دائنا بالباقي، واذ كان العكس ان المبلغ المرهون ازيد من الدين المضمون، اصبح مدينا لمدينه بالزيادة طبقا للقواعد العامة (2) .

فان كان محل الرهن دينا في ذمة الغير غير ثابتا في سند قابل للتداول، فطريقة التنفيذ تكون اما بالحصول على اذن تملك للدين المرهون، او تملك المبالغ الناتجة من تنفيذها .

اما البيع فلا يكون الا بحكم قضائي (ما لم يكن الرهن تجاريا (3) وان يبيع الشيء* فيكون للمرتهن حق الافضلية على ثمن المبيع والتقدم على الدائن التالي له في المرتبة، فان كان الشيء المرهون قد وقع عليه عدة رهون لدائنين متعددين (وهو ممكن جدا) وان حيز الشيء* بواسطة المعدل، ففي هذه الحالة يتم توزيع الثمن لمن انتقلت اليه الحيازة اولا بواسطة المعدل الذي حاز الشيء* لمالهه بشرط ان يكون حقه مدونا في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ (4) ويستثنى من ذلك البيع الواقع بطلب من السنديك (م 293 تجاري) او بطلب من الدائنين الاخرين عاديين ام ممتازين (كما رأينا) (5) .

-
- (1) المرجع السابق n° 504 . J.Hemard.P.265.
- (2) ENCYCLOPEDIE.Dalloz.T.II.P.858, n° 129.
- تناغو - ص 399 - فقرة 145 المرجع السابق .
- (3) المرجع السابق Marty et RAYNAUD , n° 96.
- (4) السنهوري - ج 10 - ص 849 - فقرة 593 .
- (5) MARTY et RAYNAUD.P.58.n° 97.
- وما سبق في البحث بشأن حق الحبر الذي يترتب للدائن المرتهن من عقد الرهن .

المبحث الثاني = طلب تمليك الشيء المرهون .

ان حق المرتهن في طلب امتلاك الشيء المرهون قد تقرر بنص المادة 2/973 مدني ، مما يفيد بان له حق اختيار احدى الوسيلتين - البيع الجبري او طلب التمليك . وقد تقرر هذا الحق لصالح الدائن المرتهن وحده وفي ذلك يقول الاستاذة مازو (1) بان تدخل المحكمة لا ينصب الا على المراقبة في حسن استعمال هذا الاختيار دون غيره من الاجراءات الاخرى .

المطلب الاول = شروط تملك المرهون .

فيشترط ان تامل بهذا التمليك المحكمة مقابل الدين الذي على المدين المرهون وان يقيم الشيء من طرف خبير مختص (م 2/973 مدني) وان لا يتعسف في استعمال هذه الوسيلة (2) .

MAZEAUD.P.85.n°77.

(1) المرجع السابق

(2) غير انه بلا حظ انه وان كان حق الاختيار قد منحه القانون للدائن المرتهن فانه لا ينبغي ان يتعسف في استعماله حيث قضى القضاء الفرنسي بان الدائن المرتهن الذي اختار طريقة طلب التمليك ، فاذنت له المحكمة بذلك بقرار نهائي ، فلا يجوز له ان يرجع عن اختياره بان يطلب القاضي مرة ثانية بان ياذن له ببيع الشيء بالمزاد العلني . وعليه فان اختيار المرتهن هذه الوسيلة للحصول على حقه وقررت بذلك المحكمة نهائيا فما عليه الا الخضوع الى التقييم الذي قدره الخبير . واعتبر القضاء الفرنسي هذا الاجراء من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته .
ونارا لاهمية الحكم نقتبس منه ما يلي =

(تقابلها نص المادة 973 م ج)
-Aux terme de l'article 2078 du C.Civil il resulte des ces dispcsitions que le créancier qui a choisi de se faire attribuer la propriété des biens données en gage par une décision devenue definitive, ne peut plus demander la vente aux enchères, mais doit se soumettre à l'estimation faite par experts les formalités prescrites par le texte étant d'ordre public.

- Lyon .P.CH.16.10.1980.J.C.P.1980,n°48 - IV.P.376- Gage

غير انه يلاحظ ما يلي =

- 1 - ان تقييم الخبير قد يكون غير ضروري بالنسبة للقسم المنقولة المتبيدة في سوق البورصة (1) .
- 2 - ان التقييم الذي ينتهي اليه الخبير ليس ملزما للقاضي ان يمكن مخالفته ، ويشترط القضاء الفرنسي في ذلك ان تكون لدى هذا القاضي عناصر كافية لاجراء التقدير او تحديد قيمة الشيء المرهون (2) .
- 3 - لا يشترط في طلب التملك الحصول على رضا المدين الراهن ان ان اذن المحكمة الذي يجب ان يصحبه تقويم نقدي للمنقول باستعانة خبير مختص يقوم مقام رضا الراهن (3) .
- 4 - لا يشترط ان يكون الشيء المرهون ماديا . بل حتى وان كان المرهون دينا في ذمة الغير يجب استئذان القاضي ببيعه او بتملكه له .

وهنا فالقاضي هو الذي يبين طريقة اجراء البيع او التملك (4) .

(1) راجع مازو المرجع السابق MAZEAUD.P.85.n°77
- JUGLART et IPPOLITO, traité droit commercial.T.IV
1974.n° 1742.

السنهوري ج 10 - ص 901 فقرة 647 المرجع السابق
شمرالدين الوكيل - ص 535 فقرة 195 المرجع السابق

(2) - Lyon 1è ch.12.10.1980.(Banque Vve Morin-Pons c.Sapin
et autres)J.C.P.1980,n°48. IV.P.376- GAGE.

هذا الحكم يقضي بما يلي =

" Les prescription de l'article 2078 (2/973 مدني جزائري)
C.Civ. ne fait pas obstacle à ce que les juges retiennent
une estimation different à près expertise, s'ils possèdent
des elements d'appréciation suffisants"

(3) السنهوري ج 10 - ص 901 ص 647 ، شمرالدين الوكيل ص 537 ، وبهذا المعنى
يقول الاستاذ تناغو ص 399 ما نصه " واذن القاضي يقوم مقام الاتفاق في رهسمن
المنقول وهو يؤدي الى نوع من الوفاء بمقابل ، ولكنه وفاء بمقابل غير اتفاقي " .
- ENCYCLOPEDIE DALLOZ.T.III.P.858,n°128.

(4) ايضا = شمرالدين الوكيل - ص 560 . MARTY et RAYNAUD.P.57
n° 96. . / .

المطلب الثاني = كيف يستوفي الدين المرهون الذي حل اجله قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن؟

انه قد يحدث ان يحل اجل الدين المرهون قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن فيشار مشكل استيفاء هذا الدين ، فلا يجوز للمدين بالالتزام المرهون ان يفي بالدين الى دائنة الذي هو الراهن ، بعد الابلاغ الذي حصل له من قبل الدائن المرتهن طبقا لنص المادة 975 مدني .

كما لا يجوز للمدين الملتزم بالدين المرهون الذي حل اجله ان يفي بين يدي الدائن المرتهن (الذي هو دائن دائنة) لان هذا الوفاء للدائن المرتهن يودي بهذا الاخير الى امتلاك المرهون قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن ، لذلك عولج المشكل في القانون الجزائري بنص المادة 980 مدني التي تلزم المدين بالدين المرهون ان يفي بين يدي المرتهن والراهن معا ويجوز ان يطلب المرتهن او الراهن من المدين بهذا الدين بان يضع المبلغ تحت الايداع حتى يحل اجل الدين المضمون بالرهن .

ولما ان المشرع قد رفض انتقال حق المرتهن الي هذا المبلغ بصفة تلقائية على اساس فكرة الحصول العيني . فقد النزم الراهن بان يجري على المبلغ رهنا جديدا لصالح المرتهن (م 2/980 مدني) .

والواقع ان هذه القاعدة لا نجد لها مبررا في تشريعنا فهي مضرة بالنسبة للدائن المرتهن ان ايداع المبلغ قد يتعرض الى نقص القيمة باستمرار ، نتيجة للتضخم التزائد يوم فيوم ، ويترخى الحصول على حقه من الدين بدون زيادة ترجى من الدين الاصلي المضمون بالرهن في ظل تشريع كشرعنا الذي يحرم الفوائد بين الافراد .

وهي ليست مفيدة بالنسبة للمدين الذي لا يجوز له الانتفاع
بالمبلغ الذي ان يحل اجل الدين المضمون به فمن الاحسن له ان يفي
به الدين الذي عليه بولو قبل حلول اجل هذا الدين الاخير.
ويا حبذا لو اخذ مشرعنا بما اخذ به المشرع الالمانى في هذا
المجال حيث يبيح للمدين المتسزم بالدين المرهون ان يفي مباشرة بين
يدى الدائن المرتهن (1) .

- J.GUYNOT.R.T.Dr.com.1961.P.291.

(1) يقول الاستاذ

حاشية رقم 2 ما يلي
" Le B.G.B. Admet au contraire dans l'article 1283 le paiement fait au créancier gagiste"

الفصل الثاني

التفويض على الرهن التجاري

تمهيد =

يتميز الرهن التجاري بقواعد تنفيذ خاصة به .

اذ فبينما يقتضي التنفيذ على رهن المنقول المدني استصدار المرتهن الاحكام اللازمة للتنفيذ، متى كان ليس له سند تنفيذي، والحصول على اذن القاضي الذي يرخص له باجراء البيع بالمزاد العلني او بسعيره في البورصة او في السوق ولو كان بيد المرتهن سند تنفيذي (1) .

فان قواعد اجراء البيع الجبري في الرهن التجاري اكثر تبسيطاً مما هو عليه الرهن المدني (2) . ويلاحظ ان القانون التجاري لم ينص على النحو الذي نص عليه القانون المدني (م 2/973) في جواز طلب الدائن المرتهن من القاضي تطبيقه له الشيء المرهون عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به، فيثار التساؤل عما اذا كان للدائن المرتهن بالرهن التجاري نفس المكنة التي منحها القانون المدني؟ ذلك ما سنراه فيما بعد . كما يلاحظ ان الامتياز الذي منح للدائن المرتهن بنص المادة 3/293 تجاري اوسع نطاقاً من الامتياز الذي منح له بمقتضى نص المادة 948 مدني .

وسنوالي شرح هذه المواضيع من خلال المباحث التالية =

ـ المبحث الاول = البيع الجبري في الرهن التجاري .

ـ المبحث الثاني = طلب تطبيق الشيء المرهون من القضاء .

(1) ما سبق ص 254 وما بعدها .

(2) الدكتور علي حسن يونس، المقود التجارية، دار الفكر العربي ص 76 فقرة 69 .

الدكتور اكرم امين الخولي، المرجع السابق، ص 429 فقرة 363 .

المبحث الأول = البيع الجبري

تمهيد =

تنص المادة 33 تجاري على ما يلي " اذا لم يتم الدفع في الاستحقاق جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاهد حاصل للمدين او الكفيل العيني من الفير اذا كان له ان يشرع في البيع العلني للاشياء المرهونة "

ويجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الاطراف ان يعين عوناً للدولة مختصاً للقيام بهذا العمل .

يستفاد من هذا النص ان البيع الجبري في الرهن التجاري ينفرد باحكام خاصة به .

اذ بجانب التسهيلات التي ادخلها المشرع على التنفيذ على رهن المنقول عامة من حيث انه قد اعفى الدائن المرتهن من اجراء الحجز المسبق قبل التنفيذ ، فقد زاد في تبسيط قواعد التنفيذ على الرهن التجاري . فلم يشترط ما اشترطه في التنفيذ على الرهن المدني من وجوب الحصول على اذن المحكمة (1) .

ان كل ما تشترطه نص المادة 33 تجاري هو اجراء ابلاغ المدين او الكفيل العيني ان وجد وانتظار 15 يوما كاملة بعد الابلاغ ، واخيرا اجراء البيع بالمزاد العلني او بما يقوم مقامه كما سنرى (2) في المطالب الاتية =

(1) Repertoire ENCYCLOPEDIQUE, droit Français, T.9.n° 76

(2) المادة 372 اجراءات مدنية تنص على ما يلي " تجرى المزادات في اقرب سوق عمومي او في مكان اخر يكون من شأنه الحصول على احسن النتائج "

المطلب الاول = يجب على الدائن ان يبلغ المدين او الكفيل العيني .

الاصل ان الابلاغ في القانون التجاري يتم بأشكال مختلفة مبسطة غير الاشكال المفروضة في القانون المدني الذي يستلزم اجراؤه في الاشكال المقررة في قانون الاجراءات المدنية . ان الابلاغ في القانون التجاري يتم بمجرد اعراب الدائن عن ارادته لاستيفاء حقه، سواء تم هذا اعرابا في شكل رسمي عن طريق المحضرم كان بمجرد رسالة عادية او برقية . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر مدى كفاية هذه الوسيلة لا اعتبارا لابلاغ صحيحا (1) .

وخارجا عن هذه القاعدة العرفية (في القانون التجاري) ربط المشرع التنفيذ على الرهن التجاري باتمام الابلاغ في اشكال الذي نص عليه قانون الاجراءات المدنية (2) وعلى عكس بعض الفقهاء المصريين (3) يرى الفقه الفرنسي بان الابلاغ الذي يتم بمجرد رسالة مسجلة لا يكفي لا اعتبارا لابلاغ صحيحا (4) وبالرغم من هذا الاختلاف الفقهي في الوسيلة التي يتم بها الابلاغ . فانه يجب ان يوجه هذا الابلاغ الى المدين الراهن او للكفيل العيني ان وجد ، ولو كيـل التقلـسـة في حالة التصفية القضائية . وان كان التزام المدين مضمونا بكفالة او كان الشيء المرهون يتمثل في ورقة تجارية مضمونة فيجب اجراء الابلاغ لهذا الكفيل

(1) - Cass.Req.28.10.1903.S.1908.1.422.

- Hemard.P.11.n° 23. = اثار الى الحكم الاستاذ
في المرجع السابق .

(2) نفس المرجع
- Hemard.P.260, n° 497.

- Jean Foyer, Encyclopedie, Dalloz commercial.T.III, Gage n° 38.

(3) على حسن يونس، المرجع السابق - ص 77 - فقرة 69 .

(4) حيث يقول
- Hemard.P.260,n°497," une simple lettre recommandée ne suferait pas" - Michel Cabrillac, J. Classeur commercial Art 91 à 93, Faxicul .A.n°71.

- Jean Guyenot, R.T.D.Commer.1961.P.293.n°24.

والضامن (1) au Donneur d'aval ما لم يكن الضامن هو مديرا او رئيسا على الشركة المدينة التي حصل لها الابلاغ (2) . غير ان عدم اتمام هذا الاجراء بالنسبة للكفيل او الضامن الاحتياطي للورقة التجارية لا يؤثر على صحة الابلاغ انما يمكن للكفيل او الضامن ان يدفع تجاه الدائن بما تقرر له من حقوق بنص المادة 656 مدني (3) .

المطلب الثاني = يجب ان يباشر الدائن المتهن التنفيذ على المرهون بعد مرور 15 يوما كاملة من تاريخ حصول الابلاغ (4) وفترة 15 يوما هي فترة انتظار وليس فترة تنفيذ . غير انه يمكن تمديد هذه الفترة بمدة اطول باتفاق الاطراف (5) .

ويشار السوال عما اذا كان يمكن للمدين الراهن ان يوقف التنفيذ على الرهن التجاري ، بالحصول على المهلة القضائية؟ وبالتالي يوجب على التنفيذ التي مدة اطول ، لان نص المادة 2/281 مدني (التي تقرر للمدين حق الحصول على المهلة القضائية) قد جاء بنص عام فلم يستثنى الديون التجارية بل وحتى القانون التجاري لم يحرم على القاضي اعطاء مهلة

CABRILLAC, J. Class. Commer. F. A. n° 73. (2)

"Lorsque l'engagement du debiteur a été contionné ou avalisé, une signification doit également être adressé a la caution ou à l'avaliseur". حيث يقول

-Com. 6 mars 1968. Bull. Civ. IV. n° 99. (2)

- J. Foyer. Encyclopedie - Dalloz commer = اشار الى الحكم الاستاذ çial. T. III - Gage. n° 39.

(3) تنص المادة 656 مدني على ما يلي = تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات يقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 2037 مدني وقد صدرت عدة احكام لتفسير هذه المادة ، راجع في ذلك تعليقات التي وردت على هذه المادة في التقنين المدني الفرنسي . وراجع الاستاذ كاريلاك ، المرجع السابق رقم 73 الذي يقول " l'absence d'une telle signification n'a pas d'incidence sur la validité de la procédure de signification elle permet simplement a la caution ou au donneur d'aval de se prévaloir du bénéfice de cession d'actions, qui le decharge de leurs engagements (C. Civ art. 2037) ايضا الاستاذ Foyer انسيكلويدي ، المادة 111 رقم 39

المهلة الا فيما يتعلق بالوفاء بالاوراق التجارية (م 428 تجاري) الامر الذي اثار خلافا بين الفقهاء .

فالبحر مهنتهم يرى بان للقاضي حق منح هذه المهلة حتى وان تعلق الامر بالديون التجارية بحجة ان النص الوارد في القانون المدني في نص المادة 1244 مدني فرنسي الذي يقابله نص المادة 2/281 مدني جزائري هو نص عام (3) هـ غير ان غالبية الفقه (4) والقضاء (5) يرون بانه لا يمكن تمديد هذه الفترة (15 يوم) ولا يجوز للقاضي ان يمنح للمدين مهلة قضائية او الاستكمال في التنفيذ ولقد تأكد موقف القضاء الفرنسي بصدور حكم محكمة النقض في السنوات الاخيرة مضمونه ما يلي " ان ما تسمح به نص المادة 93 تجاري (التي تقابلها نص

(4) الذي يقول " Hemard, n° 497 " qui est un délai franc"

(5) J.Foyer- Encyclopédie- Dalloz.T.III,n° 41.

وكذلك تنص المادة 371 اجراءات مدنية على حالتين يمدد فيها ميعاد اجراء البيع بالمزاد وهي " حالة وقوع الاتفاق بين الدائن والمدين على تحديد ميعاد اخر وحالة ما اذا كان تعدل الميعاد فرضته الضرورة كمنع خطر انخفاض كبير في ثمن البيع "

(6) Jean Guenot. La constitution et la réalisation du gage des valeurs mobilières. R.T.D.commer.1961.P.295,n°35.

" Ce pendant, le beneficié de ces simplifications n'est jamais certain puisque le créancier gagiste peut se voir refuser la réalisation du gage si le débiteur obtient un délai de grâce"

(7) على حسن يونسرفي المرجع السابق - ص 73 فقرة 69 وفواي Foyer انسيكلوبيدي

دالوز، بند 42 - هيمارد Hemard بند 497 المرجع السابق .

(8) - Paris. 10 juin 1971.Rev.tren,Dr.commer. P.448.n° 16 Ob.Hemard.Trib, com seine 27.7.1956 et Trib Civ.seine 1.4.54.J.C.P.1956.II.9567 note chassignon, R.T.D.Com 1957.P.169.n°20.Ob.Hemard.

المادة 33 تجازى جزائري) من ان للدائن المرتهن حق بيع الشيء المرهون عند عدم الوفاء بعد ثمانية ايام من الابلاغ (15 يوما عندنا) لا تعطيل هذا الحق الذي منحه القانون للمرتهن باعمال المادة 1244 مدني (التي تقابلها نص المادة 2/281 مدني جزائري) الخاصة بالمهلة القضائية (1) .

غير ان الامر يختلف عند ما يثار النزاع حول تكييف الطبيعة القانونية للرهن، حيث ان المدعى الذي يدعي بأن الدين المضمون بالرهن ذات صفة مدنية، وبالتبعية يكون الرهن مدنيا، وقد يوقف التنفيذ على الرهن حتى يفصل في النزاع، لان التنفيذ على الرهن المدني كما رأينا يستوجب الحصول على رخصة من المحكمة لاجراء البيع .

ولذلك كثيرا يتجنب المرتهن هذه العقلة الفجائية التي تعطل حقه في التنفيذ على المرهون باجراءات مبسطة، فيشترط في العقد ذاته على انه يجوز بيع المرهون عند عدم الوفاء مباشرة بعد اتمام اجراءات الابلاغ (15 يوما) .

لكن يقول الفقه والقضاء ان مثل هذا الشرط قد لا يجدي ولا يعتد به متى كيف الرهن على انه رهن مدني آن التنفيذ عليه، لان الاجراءات المنصوص عليها في المادة 903 مدني التي تحرم مثل هذا الاشتراط من النظام العام لا يجوز استبعاد تطبيقهما باتفاقات الافراد (2) .

(1) Cass.Com.10.10.1979.J.C.P.1980.n°8.Bull.Cass.IV.P.82.GAGE.

- J.GUYENOT.R.T.D.Com.1961.P.294.n°35.

(2)

- DERRUPPE,(etude Hamel)P.541.n°35

وايضا المرجع السابق .

عندا واذا كان التنفيذ على الرهن المدني كما رأينا، يقتضي أن يكون بين يدي المرتهن سجدا تنفيذيا يشمل في حكمه أو امراداً أو عقداً رسمياً مشتملة على الصيغة التنفيذية (1) فإن التنفيذ على الرهن التجاري كان مخالفاً بين الفقهاء، بحيث يرى البعض بأن التنفيذ على الرهن التجاري يتم بدون سند تنفيذي (2) :

ويرى البعض الآخر بنظام وسطاً، من أنه لا يجب تطبيق قواعد التنفيذ في الرهن المدني التي تستلزم من المدائن المرتهن استصدار حكم بالدين على المدين الراهن إذا لم يكن لديه سند تنفيذي ثم التنفيذ بمقتضى هذا الحكم من جهة، كما لا يجوز للمرتهن التنفيذ على الرهن بالبيع دون أي سند تنفيذي ودون تدخل من القضاء من جهة أخرى.

-
- (1) ما سبق من هذا البحث، وراجع الأستاذ محمد حسنين، طرق التنفيذ المرجع السابق - ص 39، الذي يبين سبب التنفيذ بمعنييه الشكلية والموضوعية ويقول في ص 42 ما يلي " فشرط اداة التنفيذ هي ان تكون حكماً او امراً اداءً او عقداً رسمياً مشتملاً على الصيغة التنفيذية في جميع الاحوال فيما عدا بعض احوال الاستعجال للضرورة القصوى الذي يجوز فيها التنفيذ بغير صورة تنفيذية " .
- (2) محسن شفيق - فقرة 64، اشارة اليه الاستاذ اكثم امين الخولي ص 430 - حاشية رقم 1 - المرجع السابق .

- Foyer-Ecyclopedie Dalloz, n°42 " Le gage commercial ne s'opère point en vertu d'un titre exécutoire"
- Paul Dupont DE LES TRAIPT, droit civil.P.12 المرجع السابق
- MAZEAUD.P.85.n°77. المرجع السابق
- CABRILLAC.J.C.C.F.A. n° 71.

بل يجب اجراء التنفيذ بمقتضى سند تنفيذي والمتشمل في الامر على العريضة التي صدرها القاضي . وهو السند التنفيذي مبسط ويسير اذا قورن بالحكم الصادر بالدعوى (1) .

والواقع انه وان كان لهذا الرأي الاخير ما يبرره في القانون التجاري المصري بوجود نص المادة 78 تجاري (2) فان هذا الرأي لا يمكن العمل به في القانون التجاري الجزائري وذلك لان نص الفقرة الاولى من المادة 33 تجاري قد اقتبست حرفيا من نص المادة 1793 تجاري فرنسي . لم يخالفها مشرعنا الا من حيث تحديد فترة الانتظار (وهي 15 يوما عندنا بدلا من 8 ايام في فرنسا) ولما ان المشرع الجزائري لم يشر الى هذا الاجراء (السند التنفيذي واذن المحكمة) مع وجود النص المصري آن ذاك ، انه لدليل على انه قد اختار الطريقة المبسطة التي تبنها التشريع الفرنسي الذي يعفي الدائن المرتهن من الحصول على اذن المحكمة للتنفيذ على المرهون بالبيع .

غير ان مشرعنا لم ياخذ بكل الحلول والاجراءات التي نص عليها القانون التجاري الفرنسي بنص المادة 93 ، كما سنرى في اجراء البيع بالمزاد العلني .

(1) اكرم امين الذولي - المرجع السابق - ص 429 بند 364 .

على حسن يونس - بند 69 - ص 78 المرجع السابق .

(2) تنص المادة 78 تجاري مصري على ما يلي " اذا حل ميعاد دفع الدين ولم يوفيه المدين جاز للدائن بعد ثلاثة ايام من تاريخ التنفيذ على مدينه بالوفاء خلاف مواعيد المسافة ان يقدم عريضة للقاضي المعين للامور الموقوتة في المحكمة الكائن محله في دائرتها ليحصل منه على الاذن ببيع جميع الاشياء المرهونة او بعضها بالمزايدة العمومية على يد سمسار يعين القاضي لذلك في الاذن المذكور ، ويكون البيع في المحل والساعة الذي يعينهما القاضي المذكور وله ان يامر بلمق اعلانات ودرجها في الجرائد اذا اقتضى الحال ذلك " .

المطلب الثالث = يجب اجراء البيع بالزاد العلني .

كما في الرهن المدني ، ان التنفيذ على الرهن التجاري بالبيع يقتضي اجراؤه بالمزاد العلني ، وقد سبق ان اشرنا الى المحكمة التي تقرر بمقتضاها هذا الشرط فلن نعود اليها تجنباً للتكرار (1) .

غير اننا نريد ان نلاحظ هنا ان نص المادة 33 تجاري التي اشترطت اجراء البيع بالمزاد العلني تنفرد بالميزات الاتية =

1 - انها لم تشترط الحصول على اذن المحكمة كما اشترط ذلك المشرع المدني
بموجب المادة 1/973 مدني (2) .

وعلى ذلك فان المرتهن يكون حراً في تحديد المناسبة للتنفيذ على حقه دون الرجوع الى المحكمة .

2 - ان نص المادة 33 تجاري لم يشترط اجراء البيع بالمزاد على يد القائم بالتنفيذ الذي نص عليه في المادة 329 من قانون الاجراءات المدنية (3) . ذلك على الرغم من ان نص المادة 33 تجاري قد اقتبست احكامها من نص الفقرة الاولى من المادة 93 تجاري فرنسي . وهذه المادة الاخيرة قد نصت على اشخاص قد اسند لهم الاختصاص لاجراء البيع على يدهم (4) في الفقرات الثانية والثالثة منها .

(1) ما سبق ص 256 من هذا البحث .

(2) ما سبق ص 255 من هذا البحث .

(3) طرق التنفيذ ، محمد حسنين - المرجع السابق - ص 20 و 24 و 90 .

(4) ان نص المادة 2/93 قد نصت ان الاختصاص بالبيع يسند الى البنوك والسماسة ويمكن ان يطلب الاطراف من المحكمة بان تعين طبقة اخرى من المأمورين الموميين *un autre classe d'officiers public* وكان القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد يميز بين بيع الاشياء المرهونة بالجملة فيسند الاختصاص لسماسة طبقاً لما نص عليه مرسوم 1858/5/28 المادة الاولى منه وبيع الاشياء بالتجزئة فيسند الاختصاص بالبيع لما يسمى بـ *commissaire priseur* او الدلال

وراجع نقص مدني 1898/01/5 - 460 - 1 - 1898 - DALLOZ P. .

3 - ان نص المادة 2/93 تجارى يقضي بانه " يجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الاطراف ان يعين عوناً للدولة مختصاً للقيام بهذا العمل (1) قد اقتبسها مشرعنا من نص المادة 2/93 تجارى فرنسي لكن يختلف عنها فيما يلي =

- ان العون الذي تعينه المحكمة (عندنا) لا يمثل طبقة اخرى ممن اعوان الدولة " بعكس ما نص عليه المشرع الفرنسي الذي ينص صراحة بذلك une autre classe d'officiers publics الذي يفيد من وراء هذه العبارة على ان البيع بالمزاد يقوم به السمسار او البنك او الدلال (المثمن) او فئة اخرى من المأمورين العموميين " بل ان تدخل المحكمة عندنا في تعيين عوناً للدولة مختصاً للقيام بالبيع ما هو الا اجراء احتياطي يلجأ اليه الاطراف عند الحاجة اليه (وليس الالتجاء اليه الزامى) طالما انه قرن تعيين القائم بالتنفيذ من طرف المحكمة بطلب اطراف العقيد .

وعلى ضوء هذه الملاحظات ننهي بالنتيجة الآتية =

= اشير الى الحكم في حاشية رقم 3 من نص المادة 93 تجارى فرنسي - مجموعة دالوز - RIPER et ROBLLOT, traité élémentaire de droit commercial T.II.8è ed. 1976.n° 2606.

- المرجع السابق
- Hemard.n° 497.
 - CABRILAC.J.càasseur commercial.Faxicul A.1981 n°76
 - J.Foyer - Encyclopédie, Dalloz.T.III, n° 43 et suit

(1) ان نص المادة 2/33 تجارى قد اقتبس من نص المادة 2/93 تجارى فرنسي الذي يقضي بما يلي =

" Art.93/2. les ventes autres que celle dont les agents de échange et les courtiers en valeurs mobilières sont chargés sont faites par les courtiers, toutefois sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner pour y proceder une autre classe d'officiers publics".

انه لما ان المشرع لم يشترط في نص المادة 1/93 تجاري بان يجرى البيع بالمزاد العلني بواسطة القائم بالتنفيذ agent d'exécution او بواسطة عون اخر مختص. ولم يحيلنا في الموضوع الى احكام التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية. فيبد ان المشرع قد اراد ان يجعل من نص المادة 33 تجاري، قاعدة مفسرة (علن خلاف التشريع الفرنسي (1)) يجوز استبعاد احكامها باتفاق الاطراف. على شرط الا يكون هذا الاتفاق مضرا بالخير.

وموقف المشرع الجزائري هذا ينسجم مع الواقع في نظرنا. طالما ان الضغط المتوقع على المدين الراهن قد ارتفع بحلول اجل الدين وذلك بتقدير المشرع نفسه في الفقرة الثانية من نص المادة 903 مدني التي سبقست الإشارة اليه، والتي تجيز الاتفاق الذي يقضي "بأن يتنازل الذي يصدر مسن الراهن (وفاء لدينه) عن الشيء المرعون للمرتهن عند حلول الدين او قسط منه" فلا نرى الحكمة من تحريم البيع الودي عندما يرتضيه المتعاقدان أن التنفيذ لزوال العلة في التحريم.

(1) يقول J.Foyer- Encyclopédie, Dalloz n° 47 " la vente faite sans observer les formalités légales est nulle".

غير ان القضاء الفرنسي قد ادخل باجتهاداته بعض الحلول لعدم نجاعة اعمال قاعدة البطلان في اغلب الاحيان من جهة وتمسك الحائز حسن النية بقاعدة الحيازة من جهة اخرى، فيتجنب بطلان البيع الذي يجرى بغير الاجراءات القانونية، ويرتب التعويض عند ما تتوافر شروطه كاثبات بان الشيء قد بيع باقل من قيمته.

كما ان القضاء الفرنسي يتجنب البطلان عندما يستتج مسن ظروف العملية بان الراهن قد وافق على اجراء البيع مباشرة دون المزاد العلني.

راجع ما سياتي في ص 275 حاشية رقم 2.

ولعل مشروعنا قد تأثر ببعض آراء الفقهاء الفرنسيين الذين انتقدوا فكرة وجوب إجراء البيع بالمزاد العلني، وفكرة تقييم المرهون بواسطة خبير، عند ما يختار المرتهن طريقة تملك الشيء المرهون (1) كذلك ان محكمة النقض الفرنسية قد سبق ان قضت بساخطاء سلطة تقديرية لقاضي الموضوع يكون بإمكان هذا الاخيران يفض النظر عن عدم احترام إجراء التنفيذ بالبيع بالمزاد العلني فسي الاحوال التي لا ينتظر فيها احترام هذا الاجراء، فائدة للمدين (2).

هذه هي المكنسة الاولى التي يستعملها المرتهن عند عدم الوفاء بالدين، والا وهي بيع الشيء المرهون عن طريق المزاد العلني بقيست لنا مكنسة اخرى وهي ان يطلب من المحكمة ان تملكه الشيء المرهون ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي =

(1) - CABRILLAC J.C.Commer.F.B.n°25.

حيث يقول " ان مدين الاجرائين (البيع بالمزاد العلني او تقييم الشيء بواسطة خبير) غير مفيد ان قد لا يحصل بالبيع بالمزاد على اية نتيجة ما لم يكن المزايد هو المرتهن نفسه من جهة وان التقييم بواسطة خبير لا يكون ضروريا عند ما يكون للمدين رأيا وفي هذه الحالة بإمكانه ان يدافع عن مصالحه بكل حرية .

(2) وهذا يقول الاستاذ همبارد - المرجع السابق - من 261 فقرة 498 استنادا الى حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1903/12/2 اذ يقول ما يلي =
Hemard" toutefois la cours suprême a jadis admis que l'orsque les juges du fait avaient constaté que les marchandises, objet du gage avaient été vendues a leurs vraie valeur et que la vente faite en respectant les formalités légales n'aurait pas donné un prix plus élevé, il était inutile de chercher si les règles de l'article 93 C.Comm, avaient été ou non suivies".

المبحث الثاني = طلب الدائن المرتهن من المحكمة بان تامر بتملكه الشيء المرهون *

تمهيد =

راينما في المواضيع السابقة (1) من ان القانون المدني قد اعطى للمرتهن بقتضى نص المادة 973 مدني مكنة بان يحصل على حقه عند حلول اجل الدين ولم يف به المدين ، اما ان يختار بين التنفيذ على المرهون بالبيع * واما ان يختار طلباً من المحكمة بان تامر بتملكه الشيء المرهون استيفاءً لدينه * بالسعر الذي يقدره خبير مختص *

غير انه يلاحظ ان المشرع التجاري قد وقع فيما وقع فيه المشرع الفرنسي حيث لم ينص سهواً في نظرنا على استعمال هذه المكنة في القانون التجاري * واما ان نص المادة 33 تجاري قد استوحى من نص المادة 93 تجاري فرنسي فان الجدال الذي ثار بين الفقه والقضاء الفرنسي حول نص المادة 93 تجاري فرنسي قد يصدق ايضاً على نص المادة 33 تجاري جزائري كما سنرى *

المطلب الاول = الجدال الفقهي الذي ثار حول حق الدائن في طلب تملكه المرهون

في الرهن التجاري *

ان جانب من الفقه والقضاء الفرنسي (2) يرى بان لا يجوز للمرتهن تملك

(1) ما سبق ص 254 .

(2) اشار الى هذا الجانب من الفقه والقضاء الاساتذة = CABRILAC.J.C.C.1981 F.A.n°88.

- J. Foyer Encyclopédie.Dalloz.T.III.n°50.

ومن هؤلاء الفقهاء الاساتذة = LALCOURT et BOUTTERON.T.I.n° 874.

ومن الاحكام القضائية التي استشهدوا بها هي =

- Civ.14/3/1870.D.P.70.2.822 .

- TOULOUSE.27.7.1872.D.P.1873.2.230.

- Paris 8/3/1873.D.P.1874.2.70.

- Req. 20/3/1878.D.P.1879.1.69.

الشيء المرهون، وذلك على أساس أن أحكام رهن المنقول المدني لا تنطبق على الرهن التجاري بمقتضى المنع الذي ورد بنص المادة 2084 / مدني (1) ، وأن القانون التجاري لم ينص على هذه المكنة على النحو الذي نص عليها في القانون المدني (م 2078 مدني فرنسي) بالإضافة إلى ذلك فإن نص الفقرة الأخيرة من المادة 93 تجاري تمنع كل شرط يرخص فيه للدائن المزمع بان يملك المرهون أو يتصرف فيه من غير مراعاة الاجراءات القانونية التي تحكم الموضوع (يقابلها نص المادة 3/33 تجاري جزائري) .

أما الجانب الثاني من الفقه (2) والقضاء الفرنسي (3) ومعهم الفقه العربي (4) وهو الجانب الراجح ، يرون بان للدائن المزمع حق طلب تملك له الشيء المرهون من طرف القضاء قياساً على الرهن المدني (م 3/973) بشرط تقدير الشيء من طرف خبير مختص بل ان القضاء الفرنسي ذهب إلى ابعاد الحدود اذ بينما كان يرفض للدائن

(1) يلاحظ ان نص المادة 2084 مدني فرنسي يقابلها نص المادة 974 مدني مغيران النص المدني الجزائري يختلف في الصياغة عن النص الفرنسي المذكور وبالتالي يختلف الحكم في كل من القانونين . اذ فبينما تنص المادة 2084 مدني فرنسي على انه " لا تطبق على المواد التجارية - Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matiers de commerce ni aux maison de prêt sur gage autorisées.etc..." فان نص المادة 974 مدني جزائري ينص على العكس من ذلك تماماً حيث يقضي بما يلي = "تسرى الاحكام السابقة اذا لم تتعارض مع احكام القوانين التجارية..." الامر الذي يسمح لنا ان نقول بان نص المادة 2/973 مدني جزائري يطبق على الرهن التجاري طالما ان القانون التجاري لم يحرم ذلك بنص صريح يحارض النص المدني (ذلك على خلاف القانون الفرنسي) .

- (2) Lyon-CAEN et Renant المرجع السابق Hemard, n° 500 traité de droit commercial, T.III, n°813 (cité par CABRILAC J.C.C. FA.n°88).
Thalier et PERCEROU, traité élémentaire de droit commercial T.I.n°1093. cité par CABRILAC.J.C.C.F.A, n°88)RIPER et ROBLLOT traité élémentaire de droit commercial.T.II. 8è ed.1976.n°2603.
Riper.P.Durant et ROBLLOT, traité élémentaire de droit commer. 4è ed.T.I.n°2326.1959.Foyer(etude Hamel)P.65/66 المرجع السابق
- Foyer, Encyclopédie, Dalloz.T.III, n° 51.CABRILAC.J.C.Comm.FA.n°88.
- Roger Homir.R.T.D.com.1958P.846.n°38et39.
- (3) Cass.31/5/1960.D.1960.601 et note M. Yves Guyon المرجع السابق
Professeur à l'Univercité de Paris I

وإشارته الاستاذ مازو ص 86 .

المرتهن هذا الحق في حالة افلاس المدين او التسوية القضائية (1) صار
يقر له بهذا الحق حتى وان كان المدين في وضعيئة التسوية او الافلاس (2) .

المطالب الثاني = موقفنا من هذا الجدل .

ان الوضع في التشريع الجزائري يختلف عن التشريع الفرنسي كما اشرنا وبالتالي
فان المشكل لن يثار عندنا طالما ان نص المادة 974 مدني يقضي بسريان احكام
القانون المدني على الرهن التجاري ما لم تتعارض مع احكام هذا الاخير
ما يسمح بالقول بأن للدائن المرتهن في الرهن التجاري حق طلب من المحكمة
بان تملك له الشيء المرهون لير على اساس القياس على الرهن المدني كما يقول
البعص (اكم امين الخولي وعلي حسن يونس، اشرنا اليهما فيما سبق) ولكن على اساس تطبيق
نص المادة 974 مدني التي تقضي بسريان احكام القانون المدني على الرهن
التجاري بكل بساطة .

هذا و اذا كان للمرتهن حق التنفيذ على المرهون عند حلول الاجل للدين وعدم

-
- (4) اكم امين الخولي - المرجع السابق - ص 431 فقرة 365
على حسن يونس - المرجع السابق - ص 78 فقرة 70
- (1) - GRENOBLE (1^è ch et 2^è ch) 26/2/ et 29/2/1959. J.C.P. 1959 II.19/69 note crétique
par EMIL BEQUE
هذان الحكمان يتعلقان ببيع سيارة
بالنسبة، فقضى بان المرتهن يكون في وضع مستحيل بان يملك الشيء المرهون
بافلاس المدين .
- (2) - Cass. Comm. 3/10/1962. J.C.P. 1962. II. 12940
الذي يقضي بما يلي = L'article 2078 C. Civil, permet au créancier de faire ordonner en justice que le gage lui demeurera
acquis en paiement et jusqu'a concurrence, d'après une estimation
faite par experts, et il ne fait pas d'exécution lorsque le
débitéur est en état de faillite, note signé. J.A.
- واسمًا - Cass. 4/5/1981. J.C.P. 1981. Bull. cass. IV. P. 258. Gage
ان هذا الحكم يؤكد هذا الحق بقوله "et l'attribution judiciaire du gage de l'article 2078.C.Civ. applicable au gage commercial
nonobstant l'article 2084 du même code"

الوفاء به من المدين، أما باجراً، البيع عليه، أو طلب تملكه من طرف القضاء، فان القانون يحرم عليه، شروط على الراهن أن إبرام العقد وقبول حلول أجل الدين بان يملك المرهون عند عدم الوفاء بالدين أو يمسار عليه البيع دون اتباع اجراءات القانونية، ذلك ما سنراه في المبحث التالي .

المبحث الثالث = شرط تملك او بيع المنقول دون اجراءات عند عدم الوفاء .

تمهيد

سبق ان رأينا في المبحث الاول من هذا الفصل بان للدائن المرتهن حق طلب الاذن من القاضي بان يرخص له بان يملك الشيء المرهون بالثمن الذي يقدره الخبير المختص، كما يمكن له التنفيذ على المرهون بالبيع بالمزاد العلني او سعر التقدير الرسمي في البورصة او بئمن المثل في السوق، ولا يشرق في ذلك بين الرهن التجاري والرهن المدني، الا من حيث الاجراءات، ولكن قد يحدث ان يرد الاتفاق بين الراهن والمرتهن لتحقيق نفس الغاية (التملك او البيع بدون اجراءات) ابتداءً في عقد الرهن فيثار السؤال عن مدى صلاحية صحة هذا الشرط او الاتفاق ؟

المطلب الاول = شرط بيع المنقول بدون اجراءات .

يسمى هذا الشرط عادة بشرط الطريق المهدد clause de voie parée وفحواه هو اتفاق بمقتضاه يرخص الراهن (مدينا كان ام كفيلا عينيا) الدائن المرتهن بان يجرى التنفيذ على المرهون بالبيع الودي لاستيفاء دينه من الثمن عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به (1) .

ونظرا لما يحتويه هذا الشرط من خطورة على المدين ذاته الذي قبله

(1) السنهوري ج 10 - ص 840 بند 585 المرجع السابق .
المرجع السابق - MARTY et RAYNAUT. P.59, n°100

في البداية وهو مكرها لضعف مركزه الاقتصادي، فاستغل الدائن المرتهن هذا الضعف بفرض على الرهن هذا الشرط الذي قد يؤدي الى تمكين المرتهن من بيع الشيء باقل من قيمته الحقيقية اضارا بالرهن والدائنين الآخرين، فاسدل القانون الحماية على الراهن من هذا الاشتراط باقرار تحريمه بنص المادة 903 مدني التي تحيل على نص المادة 960 مدني، ونص المادة 3/33 تجاري فابطل الشرط دون العقد، ولكن قد يبطل العقد ايضا ان كان الشرط اساسيا فيه . وبذلك جعل المشرع هذه القاعدة من النظام العام لا يجوز للاطراف الاتفاق على مخالفتها (1) وسواء وقع الاتفاق اثناء ابرام العقد ام وقع بعده (2) ما لم يقع في هذه الحالة الاخيرة بعد حلول الدين كله او بعضه (3) .

ذلك على خلاف ما هو معمول به في فرنسا حيث يرى الفقه والقضاء (4) بان هذا الابطال لا يعني سوى الاتفاقات التي تقع آن ابرام عقد الرهن اما الشروط التي تلحق بالاتفاقات اللاحقة بعد ابرام عقد الرهن تكون منتجة لاثارها كما سنرى عند الكلام على شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء .

المطلب الثاني = شرط تملك المنقول عند عدم الوفاء .

فكما حرم نص المادة 960 مدني ونص المادة 33 تجاري الاتفاق الذي يقضي ببيع المرهون دون اجراءات البيوع الجبرية المقررة في قانون المرافعات . قد حرم ايضا

- (1) ايضا لقد افصح بذلك القضاء الفرنسي منذ بداية القرن الذي يقضي بما يلي =
"Civ.4/3/1902.D.P.1903.1.215."la nulité de toute clause autorisant le créancier à s'appropriier le gage ou à en disposer sans les formalités prescrits par l'art.2078 et d'ordre public. (C. Civil. Art. 2078.) اشير اليه في
- (2) هكذا تنص المادة 960 مدني في شطرها الاخير حيث تقول " ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن .
- (3) وتنص نفس الفقرة الاخيرة على ما يلي = لكن يجوز بعد حلول الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن (الشيء) وفاء له دينه (ويبدو ان نص المادة 960 مدني قد اقتبس من نص المادة 1052 مدني مصري وهذا بدوره قد اقتبس من نص المادة 1229 مدني الماني، اشير اليه الاستاذ Guyenot P.300 للمرجع السابق .
- (4) المرجع السابق - MARTY et RAYNAUT.P.59, n°100

الاتفاق الذي يقضي بالسماح للمرتهن بان يمتلك المرهون عند عدم الوفاء، ويسمى هذا الاتفاق *pacte commissoire* لو كان معروفا في عهد القانون الروماني (1) .

ويعرف على انه اتفاق بين الدائن المرتهن والراهن (مدينا كان ام كفيلا عينيا) يقضي بتحويل المرتهن آن ابرام عقد الرهن او بعده قبل حلول اجل الدين بأن توال اليه ملكية الشيء بمفئة تلقائية عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به .

وبما ان هذا الشرط (كما راينا في التكيف القضائي (2) له) من النظام العام فان ورد في العقد يكون مآله البطلان (3) لذا يثار السؤال فيما اذا كان البطلان يقتصر على الشرط فقط ام انه يشمل ايضا العقد؟ فمشرعنا لم ينص على ذلك في الرهن (غير انه في هذه الحالة) ولتقدم وجود نص خاص يجب تطبيق القواعد العامة

-
- (1) يقول الاستاذ MAZEAUD.P.85. n°77 " بان هذا الشرط وقع تحريمه منذ عهد كونستانتان Constantin ثم نقل هذا التحريم الى القانون الفرنسي القديم في القرن 16 فالفرنسي الحديث بنص المادة 2078 مدني و 4/93 تجاري وعليه فمنها اقتبست التشريعات العربية منها الجزائر ومصر .
- (2) سبق الاشارة اليه Civ.4/3/1902.D.P.1903.1.215. في المطلب السابق .
- (3) - NANCY.13/11/1952.GAZ-Pal 1953.1.208.
- Cass.Com.13/1/1965.J.C.P.1965.ed.G.IV.P.22.

هذا الحكم يؤكد ما نص به منذ الحكم الصادر بتاريخ 1902/3/4 الذي اشرفنا اليه سابقا وفحواه *il est interdi au créancier gagiste de se faire reconnaitre par le débiteur lors de la constitution du nautissement, la propriété des valeurs remise en gage*"

غير انه يلاحظ في هذا الحكم قد حرم الشرط الذي وقع آن ابرام العقد فقط دون الشروط التي تاتي بعده بذلك بقوله " lors de la constitution " وسنرى انه تاكد هذا الموقف باحكام اخرى تشير اليها في موضعها .

في ابطال العقود. (م 104 مدني) (1) وبالتالي فيبطل الشرط فقط دون العقد ما لم يكن هذا الشرط اساسيا في العقد فيبطل عند ذلك الشرط والغقد معا ، وهذا الدخل الذي تبناه مشرعنا بنص المادة 104 مدني متفق تماما مع موقف الفقه والقضاء الحديث . (2) .

هذا وكان القضاء الفرنسي حاسما في هذا الموضوع في اعتبار التحريم الذي ورد بنص المادة 2078 مدني من النظام العام ، والذي بمقتضاه يبطل كل اتفاق كيف على انه شرط تملك عند عدم الوفاء ، وان وقع هذا الاتفاق خارج التسراب الفرنسي وفي بلد يسمح قانونه بورود مثل هذه الشروط في العقد (3) . الامر الذي ادى بالمقرضين الى التحايل على القانون باصدار رهوناتهم في شكل بيع الوفاء .

بيع الوفاء =

من اجل اخفاء فوائده ربنوية او شرط شايك عند عدم الوفاء ، تلك الحالات التي يحرمها القانون ، فكثير ما يتحايل المتعاقدون على هذه القواعد باصدار هذه الاتفاقات تحت ستار بيع الوفاء .

-
- (1) تنص المادة 104 مدني على ما يلي " اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان يتم بخير الشق الذي وقع باطلا ، او قابلا للابطال ، فيبطل العقد كله " .
- (2) السنهوري ج 10 - ص 841 بند 585 المرجع السابق .
المرجع السابق - MARTY et RAYNAUT . P.60.n °101 .
- Cass.Com. 24/10/1956.GAZ- Pal 1957.1.128 .
وسنشير الى مضمون هذا الحكم عند الكلام عن بيع الوفاء فيما بعد .

-Cass.Req.24/5/1933.D.H.1933.378.

(3)

هذا الحكم مفاده ما يلي =

" Lorsqu'une convention passe à l'étranger prévoit en même temps que la faculté de rachat pour le débiteur, le transfert de plein droit au profit du créancier de la propriété d'un gage affecté à la garantie d'un prêt, elle renferme un pacte comissoire prohibé par la loi française, seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France .

Dès lors, applique exactement l'article 2078 du C.Civ. l'arrêt qui refuse de faire produire effet en France à une telle convention, bien que passé à l'étranger selon la loi du lieu".

فتنبه مشرعنا على غرار التشريع المصري الى سد الطريق على المحتالين بتحريم هذا النوع من البيوع بنص المادة 396 مدني (1) -حسما للتلاعب او النزاع (2) ، اللذان لا زالت تعاني منهما بعض التشريعات الحديثة (3) .

هذا وبالرغم من ان مشرعنا قد انهى بعض النزاعات التي قد تنشأ اثر العقود الصورية بالخاء ببيع الوفاء بنص المادة 396 مدني ، الا انه لم يأتي بالحلول للمساءئل الاخرى التي تثلي راثرتطبيين نص المادة 960 مدني التي تعزم شرط تملك الشيء المرهون عند عدم الوفاء بالدين .

(1) تنص المادة 396 مدني على ما يلي " يكون البيع باطلا اذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في اجل معين " وقد اقتبس هذا النص من نص المادة 455 مدني مصري .

(2) عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 300 بند 336 .

(3) ان بيع الوفاء في التشريع الفرنسي يكون صحيحا (م 1659 الى 1673 مدني) لكن اذا تبين للقاضي ان هذا البيع كان قائما على الخش بحيث يخفي معه شرط التملك في الرهن فيقضي باطلاله ، ويستعين القاضي لاكتشاف الخش في العقد بعناصر شتى منها بخسر ثمن المبيع او المدة القصيرة لاستعمال الشيء ، وقد اعتبر نوعية حيازة الشيء من البائع على سبيل الاحجار قرينة على وجود الخش . فكان هذا القضاء في اول الامر يقضي ببطلان الشرط فقط ما لم يكن هو الدافع الى التعاقد ذلك باحكام صدرت عن غرفة المرائم بتاريخ 1876/1/17 وعن الغرفة المدنية بتاريخ 7/9/1877 (اشار اليها الاستاذ مازو ، المرجع السابق ، ص 86 و 87 بند 77) ثم صار يقضي ببطلان الشرط والعقد معا على اساس ان اخفاء شرط التملك في عقد البيع يكون قرينة قاطعة على كون الشرط اساسي فيه مما يستوجب البطلان .

- Cass.Com.24/10/1956.GAZ-Pal.1957.1.128.

مفاده ما يلي = " Les juges du font prononcant a bont droit la nulité d'une convention tout entiere, qui, sous le couvert d'une vente apparenté de parts sociales avec faculté de rachat à bien constitué dans l'intention des parties, une convention déguisée de crédit avec constitution de gage sur parts sociales et pacte prommissoire."

- Cass.13/1/1965.J.C.P.1966.II.14469, note R.D.M.

هذا الحكم يتعلق برهن القيم المنقولة .

النقود

وبعد هذه المشاكل تتمثل في الرهن الوارد على الاموال بدون وعرض الشيء المرهون من الراهن على المرتهن لشرائه بعد ابرام عقد الرهن . وكذلك التشريع الفرنسي لم يعالج هذه الاوضاع، فكان موقف الفقه والقضاء الفرنسي هو القول بتحديد نطاق تطبيق نص المادة 2078 مدني على الا تنطبق احكامها على المسائل التي ذكرناها . ولذلك يقول الفقه بشأن الاحوال الاتية =

1 - الرهن الوارد على مبلغ من النقود الذي يسميهادة خطأ بكفالة (2)

انه يجوز للمرتهن اجراء المقاصة بين المبلغ المضمون بالرهن والمبلغ المرهون عنده متى توافرت شروط المقاصة (م 297 مدني) .

2 - الرهن الوارد على الديون (3) .

فيسرى الفقه على انه ولو اشترط في العقد الاساسي على تملكها فكيف الشرط من جانب هو لا على انه حوالة تحت شرط واقف على عدم حصول الوفاء، وقد ر بان هذا الشرط لا يتضمن خطورة على المدين، طالما ان الدين المرهون له قيمة اسمية معروفة مسبقا .

اما الحالة التي يعمل المرتهن على شراء الشيء المرهون الذي عرضه له من طرف الراهن بعد ابرام عقد الرهن فيرى القضاء الفرنسي على انه يجوز اجراء البيع للمرتهن ولو كان قبل حلول اجل الدين ما عدا احوال الفسح (4) وهذه الحالة في الواقع ما هي الا صورة من صور اتحاد الذمة التي ينقضي بها الرهن بصفة اصلية كما بينا (5) .

(1) يقابل هذه المادة نص المادة 960 مدني جزائري .

(2) ما سبق . (رهن النقود) MAZEAUD.P.73.et 86, n°65 et 77

(3) MARTY et RAYNAUT.P.61, n° 102.

(4) Rouen.26/11/1971.D.1972.429. et note Hemard.

اشار الى الحكم مازو. ص 86 بند 77

Req.17/10/1906.D.P.1907.1.79

DALLOZ.C.Civ. art 2078 note n°1

اذ يقضي هذا الحكم بما يلي " La vente faite par le débiteur à son créancier de la chose donnée en gage soit avant, soit après l'échéance de la dette; et valable, sauf le cas de fraude"

السنهوري ج 10 فقرة 624 ص 874 وما بعدها في اتحاد الذمة بالخصوص

(5) ما سبق في البحث ص 167 .

وبعد عملية الشراء يمكن للمرتبهين اعمال احكام المقاصة بين ثمن المبيع
ومبلغ الدين الذي على المدين متى توافرت شروطها طبقا (1) .
وهذه الحالات الثلاث يمكن الاعمال بها في تشريعتنا طالما انها لم
تعارض مع نصوص القانون .

فيران هناك حالات اخرى لا تدخل في نطاق تطبيق نص المادة 2078
مدني (التي تقابلها المادة 960 مدني) فرنسي طبقا للفقهاء والقضاء الفرنسي ولا يمكن
العمل بها في بلادنا لتعارضها مع نصوص التشريع وهي " تحديد نطاق
تطبيق قاعدة بطلان الاشتراط التي تقضي بتملك المرمون او ببيعه بدون اجراءات
عند عدم الوفاء ، في الاتفاقات التي يعقد بها الاطراف ان ابرام العقد فحسب (2) " .
اما الاتفاقات التي تبرم بين الاطراف بعد ابرام العقد الاساسي تكون صحيحة
ولو وقعت بعد فترة وجميزة من ابرام العقد الاولي (3) .

-
- (1) ما سبق في البحث ص 157 وما بعد ها .
(2) - Req.17/10/1906.D.P.1907.1.79.
سبق لنا ان اشرنا الى مضمون هذا الحكم في ~~المرجع السابق~~ حاشية رقم 102 .
- J.FOYER. Encyclopédie Dalloz.T.III.GAGE " نفس المعنى يقول به " n° 36 " la nulité ne s'étend qu'aux pactes contemporains du contat de gage".
المرجع السابق
- MARTIR et RAYNAUT.P.61.n°102.
(3) - Cass.Civ.17/11/1959.J.C.P. 1959.IV.P.162.R.T.D.Com.1960. P.372.
هذا الحكم ينص على امرين = (1) التاكيد على تحريم شرط التملك او المبيع بدون اجراءات
(2) تحديد الفترة التي يعتد فيها بهذا التحريم .
ذلك بقوله = " il, n'y a pacte comissoire prohibé.... que si c'est au moment ou le nautissement constitué pour la garantie d'un prêt qu'une clause du contrat autorisé le créancier à s'appropriier le gage et à en disposer sans les formalités légales.
Il n'en est pas ainsi lorsque c'est plus d'un an après le prêt et le nautissement qu'entre le débiteur et le créancier etc.."

لذلك قد اجاز القضاء الفرنسي (1) البيع الذي يجبره الرهن للمرتهن بعد ابرام عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين كما سبق له ان اجاز الوعد بالبيع الذي ينعقد في هذه الفترة باحكام شتى (2) وذلك تقديرا ان الحكمة التي تقرر بمقتضاها التحريم قد تكون من غير ذي موضوع بعد ابرام عقد الرهن وبعد حصول المدين على مبلغ القرض. بالاضافة الى ذلك فان القضاء الفرنسي (ان كان الشيء المرهون دين في ذمة الغير) يعترف بشرط الاحالة او الوكالة المشروطة صراحة، في عقد الرهن فاذا تحقق شرط عدم الوفاء عند حلول الاجل يكون للمرتهن بواسطة اعمال احكام الحوالة ام الوكالة (قد يتحصل على المبلغ ثم يقصه من الدين) وبالتالي يصبح مالكا للدين المرهون ويتصرف فيه كما يشاء (3).

وهذا الحل الذي توصل اليه الفقه والقضاء الفرنسي كان مفيدا ونستحسنه في نظارنا غير انه لا يمكن العمل به في ظل تشريعنا الحالي الذي قدر فيه المشع بان ضعف المدين يبقى الى ان حلول اجل الدين كله او بعض منه.

وفي نظارنا ان نص المادة 903 مدني قد بالغت في الحماية التي اسدلت بها المدين لما امددتها على الاتفاقات التي تحصل بعد ابرام عقد الرهن، لان الواقع يبين لنا ان المدين بعد هذه الفترة يكون قويا والضعف يكون بجانب الدائن الذي يكون جديرا بالحماية.

(1) منها Cass.Req.8/5/1934.S.1934.1.342.

الذي يقضي بما يلي " ne constitué pas un pacte comissoire * la promesse de vente.... qui n'est intervenue que posterieurement au prêt consenti au promettant etc.."

ونفس المعنى Cass. 3è. 14/1/1971.Bull.Cass.1971.III.n°19

اشار الى الحكم الاستاذ مازوم 86 بند 77.

- CABRILAC.J. calsseur commer.1981.F.B.n° 26. (2)

وإذا كان بعض الفقهاء (1) قد حاولوا تبرير هذا الامتداد على أساس ان مظانه الضعف لم تنزل في المدين الى حين حلول اجل الدين .

فيرد على هؤلاء ببساطة على انه ان كان ما يبرر بقا هذه المظنة في الرهن ان كان مدينا بعد ابرام عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين كله او بعضه فان هذه المظنة بعيدة الاحتمال عند ما يكون الرهن كفيلا عينيا . ان طالما ان هذا الاخير متبرعا بتفاته على المدين ، ذلك دليل على انه ميسرا فلا يتوقع تاثير المدين او الدائن عليه الا في الاحوال النادرة لا يقاس عليها .

بالاضافة الى ذلك فان الطرف الضعيف فعلا في الرهن بعد انعقاد العقد هو الدائن المرتهن الذي يرمى من المدين الحصول على حقه المتوقف على مجرد امل) وقد لا يحسن عليه الا ببذل الساعي وتكليف متاعب الاجراءات في استصدار الوسائل التي تمكنه الحصول على حقه .

وكثرا ما يتنازل الاشخاص عن حقوقهم لما لهذه الاجراءات من المماطلة والتعقيد .

اضف الى ذلك اننا لا نرى الفرق من حيث النتيجة بين الحالة التي يسمح بها للمدين بان يتصرف في المنقول المرهون بالبيع ولو كان المشتري هو المرتهن (2) قبل حلول اجل الدين " بمقتضى نص المادة 965 مدني الفقرة الثانية منها التي تنص على ما يلي " ينقضي ايضا حق الرهن الحيازي بلحدى الاسباب الاتية =

(1) السنهوري ج 10 فقرة 584 - ص 840 .

نفس المعنى الاستاذ = Jean GUYENOT. R.T.D.Com. 1961. P.300.

وفي هذا يقول " La solution du droit ~~semble~~ parait plus conforme aux raisons d'ordre moral qui ont motivé la prohibition du pacte comissoire, l'article 1229 du B.G.B. ne permet cette stipulation qu'a partir du jour ou le créancier a le droit de réaliser le gage . La volonté du débiteur est alors assurément plus libre et celui-ci peut mieux défondre ses intérêts."

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق - ص 298 فقرة 325 .

الفقرة الثانية " اذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية فسي
يد شخص واحد " (1) .

والحالة التي يقع الاتفاق بين هذا الرهن بالذات والمرتهن بعد ابرام
عقد الرهن وعلى تملك المرتهن الشيء المرهون عند عدم الوفاء .

اذ لو ان لم تنتفي الحكمة من التحريم بعد ابرام عقد الرهن لما ايجاز
للراهن بيع الشيء المرهون للمرتهن في هذه الفترة . والمسا ان خطر استغلال
المرتهن المدين في هذه الحالة غير مستعدة ايضا .

افلا يتم ان يبرم عقد القرض لمدة اقصر من حاجيات المدين فيحل اجل
الدين قبل زوال الضعف عنه ، فيقع تحت ضغط الدائن بالتنفيذ على الرهن
او يبيع له الشيء المرهون بثمن اقل من قيمته الحقيقية مقابل تمدد له
او تجديد له عقد القرض ؟

وعليه فان القول بان ضعف المدين لا يرتفع عنه الا بحلول اجل الدين
كله او بعضه قول لا يشمل الحقيقة في جميع جوانبها ولا يصدق في كل الاحوال
بل لا يقتصر على المدين وحده .

لذلك نقترح تعديل نص المادة 960 مدني على النحو الذي يتحدد
بها نطاق الحرمان في الفترة التي تعاصر عقد الرهن دون ان تتجاوز ذلك .

(1) السنهوري ج 10 - فقرة 624 و 625 - ص 874 وما بعدها في اتحاد الذمة .

الخاتمة :

لا نريد من خلال هذه الخاتمة أن نكرر ما سبق أن تعرضنا اليه بالبحث والمناقشة في هذا الموضوع، ان ما نريده هو تمكين القارئ من الحصول على زبدة هذه الدراسة بكل بساطة، ولقد سبق أن اشرنا في المقدمة بنسباً التشريعية الجزائرية بالرغم من انه استفاد بما انتهت اليه التشريعات الحديثة والقضاء، كمصر وفرنسا، الا انه لا زال يعاني بعض النقص وعدم الوضوح كما يعاني بعض التشديدات لا مبرر لها، سبق ان اوضحنا كل هذا في فواضيعها، لا سبيل لتكرارها هنا، وعلى ضوء ذلك وبناء على ما تقدم نقترح اجراء التعديلات او الاضافات في التشريع المدني والتجاري في المواضيع التي ناتي بذكرها فيما يلي وهي :

1 - مفهوم الرهن الحيازي :

ان مفهوم الرهن الحيازي في تشريعنا يختلف عن ما هو متعارف عليه في بعض التشريعات الاخرى، حيث انه ينصب على عقار او منقول وقد يعني به رهن المنقول دون انتقال الحيازة، لذلك نقترح حصر نطاق الرهن الحيازي في المنقولات فحسب والغناء عبارة " الحيازي " الواردة في رهن المحال التجارية والادوات الصناعية وغيرها، لان هذه الاموال يتم رهنها بدون انتقال حيازتها .

2 - المادى التي تحكم الرهن الحيازي :

ان المادى التي تحكم الرهن الحيازي الوارد على المنقول هي نفس المادى التي تحكم الرهن بصفة عامة في تشريعنا، وبما ان عقد الرهن عندنا هو رضائي كقاعدة عامة (ويستثنى من ذلك الرهن الوارد على الاسهم التي اقتضى المشرع فيها الرسمية، والصفقات العمومية التي يتم انشائها بالتسليم السند) وفي هذا الصدد، نرجو تعديل نص المادة 952 مدني التي تقضي بانقضاء الرهن بمجرد توافر واقعة الرجوع لان هذه المادة تتلاءم مع التشريعات التي تجعل من عقد الرهن عقدا عينيا (يتم بالتسليم وينتهي بالرجوع) كما ان الرهن يخضع لمبدأ عدم قابليته للتجزئة، لكن مشرعنا لم ينص على ذلك في الرهن الحيازي ولم يحيلنا الى احكام الرهن الرسمي م 892، وعليه فنقترح اضافة رقم المادة 892م في نص المادة 950 مدني التي تقضي بالاحالة الى بعض احكام الرهن الرسمي . / .

3 - اركان عقد الرهن .

ان الرهن الحيازي عقد ، يقتضي منه توافر شروط في اركانه ، لكن لما تعرض مشرعنا الى هذه الاركان لم يشترط في الاطراف ان يكونوا اهلا للتصرف في المال المرهون ولم يشترط في المال المرهون ان يكون مملوكا للراهن .

وهذا النقص ينبغي استدراكه بنص صريح يحيل الرهن الحيازي الى احكام المادة 884 مدني والمتعلقة بالرهن الرسمي ، والى حين الاخذ بهذا الاقتراح يمكن للقاضي الجزائري تطبيق نص المادة 884 مدني على الرهن الحيازي عن طريق القياس .

4 - اجازة عقد الرهن :

عدد قانون الاسرة الاشخاص الذين يكون لهم الحق في الاجازة بنص المادة 83 ، ولم يذكر الجدد من بين الذين يكون لهم حق الاجازة ، وقلنا يكون هذا الحق للجد ايضا قياسا على الوصي .

5 - المنع من التصرف في المال الذي يكون مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة :

لم يتخذ المشرع موقفا بشأن المنع من التصرف في المال الذي يكون مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة مع ان تدخله ضروريا ، ونقترح ان يجارى في الموضوع القانون المصري والسوري اللذان ينصان على ما يلي :

اذا تضمن العقد او الوصية شرط يمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، او مقصورا على مدة مفقولة ، وقلنا ان سكوت المشرع يدل على انه يريد الاخذ بما اخذت به الشريعة الاسلامية التي تقر مثل هذا الشرط .

6 - رهن ملك الغير :

لم ينص مشرعنا عن رهن ملك الغير على النحو الذي نص عليه في بيع ملك الغير . ونقترح استدراك هذا النقص بنص صريح على النحو الذي نص عليه المشرع التونسي الذي يبطل عقد الرهن ولو كان المرتهن حسن النية ذلك حسما للنزاع .

7 - زوال ملكية الرهن باثر رجعي . . .

عالج المشرع الموضوع بنص المادة 885 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي وسكت عن الوضع في الرهن الحيازي ، نرجنوا الا حاليه الى هذه المادة حسما للخلاف الفقهي الذي ثار في الموضوع .

8 - الالتزام بالتسليم :

احالنا المشرع بنص المادة 2/951 الى احكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع غير انه لما تطرق لاحكام البيع لم يتناول سهوا هذه الاحكام ، وعليه ينبغي استدراك هذا السهو في احكام البيع .

9 - التزام المرتهن بالمحافظة :

ان عدم وضوح نص المادة 955 مدني التي تتضمن نوعين من الالتزام ، التزام بفاية والتزام بعناية ، قد يشير اشكالا في احكام المحاكم مما يقتضي اعادة النظر في هذه المادة وتوضيح ارادة المشرع في ذلك . حسما للتاويل والاختلاف .

10 - الدائن المرتهن ملزم بالانفاق على المرهون في رهن المنقول :

لكن المشرع لم ينص على هذه الحالة ولم يحيلنا الى احكام الرهن الرسمي المادة 668 مدني في ذلك ، مع انه اشار الى هذه النفقات بصيغة عرضية في نص المادة 3/936 مدني مما يستوجب تدخل المشرع بنص صريح يفصل الموضوع ، والى حين صدور النص في ذلك نرى تطبيق احكام المادة 968 مدني على رهن المنقول عن طريق القياس لاتحاد العلة بين الشئيين .

11 - منع المدين من الوفاء الى المرتهن وحده :

ان نص المادة 980 مدني يمنع المدين بالدين المرهون من ان يفي للمرتهن وحده بل اوجبه المشرع بان يفي للمرتهن والرهن مما ، ومعنى ذلك انه ليس للمرتهن خصم الدين المضمون من اصل الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون ذاته .

ولاسباب سبق ذكرهنا نقترح الغاء الحضر الذي تتضمنه هذه المادة لعدم الفائدة منه وراجع الاسباب في البحث ص 262 .

12 - رهن المال المستقلي :

لم يرد نص في الرهن الحيازي يخص رهن المال المستقلي ، ولم يحيلنا المشرع الى احكام الرهن الرسمي ومع ذلك فاننا نرى ان الرهن الحيازي يخضع لبدأ التخصيص للمال المرهون ولو كان الشيء المرهون دين في زمة الغير ، بما يستوجب استدراك هذا النقص بهرود نص يحيلنا الى نص المادة 886 المتعلقة بالرهن الرسمي .

13 - رهن الديون التجارية :

نظرا للميوب التي انسبناها في ما سبق لنص الفقرة الرابعة في المادة 31 تجاري ، نقترح اعادة صياغة هذه الفقرة على النحو الاتي :

- اما الديون المادية التي لم تثبت في سندات اسمية او اذنية او لحاطهيا فلا تكون نافذة في حق المدين الا باعلانه بالمقد او الحصول على قبول منه وفقا لنص المادة 241 مدني .

ولا تكون نافذة في حق الغير الا بتسليم سند الدين المرهون الى المرتهن او الى شخص اختاره المتماقدان وتحسب للرهن مرتبته من تاريخ الثابت للاعلان او القبول .

14 - اثبات رهن الديون التجارية :

نقترح الغاء الفقرة الخامسة من المادة 31 تجاري برمتها التي توجب اثبات حوالة الدين بمقد رسمي ، والتعديل الذي اقترحنه على الفقرة الرابعة من نفس المادة يحقق الفرض ويفتينا عن هذا النص .

15 - رهن السندات الاسمية والاذنية :

ان نص المادة 976 مدني الذي يقضي بان السندات الاسمية والسندات لامر ترهن بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانونا ، لا يفيد انها ترهن بالطرق التجارية . وعليه نقترح تعديل هذه المادة بنص صراحة على انها ترهن بالطرق التجارية .

16 - رهن السندات الاسمية :

يرجى ان تضاف فاصلة في النص الفرنسي من المادة 31/3 بين عبارة الاسهم وحصص الشركاء، والغاء عبارة حصص الشركاء لان هذه الحصص يتم رهنها عن طريق حوالة الحق .

17 - مفهوم القيم المنقولة في تشريعنا :

سمى المشرع السندات الاسمية في نص المادة 31 بقيم وسمى السهم في المادة 700 تجارى بالقيمة المنقولة، والحال انه ليس هناك ما يمكن تسميته بالقيمة المنقولة في التشريع الجزائري كما رأينا، وورد عبارة "تداول بالطرق التجارية في عدة مواضع في القانون التجارى، وهو لا يعني بهذه العبارة الا حوالة حق بطرق اشد ما هو عليه القانون المدني .
وعليه فنقترح الغاء عبارة القيمة المنقولة او التداول في المواضع التي يقصد بها التنازل عن الحق، بالطرق غير الطرق التجارية .

18 - رهن الوعد بالسهم :

يرجى الغاء نص الفقرة الثانية من المادة 803 تجارى الذى يماقب المتعامل بالوعد بالسهم، ذلك لاسباب سبق ذكرها في البحث ص 242 حاشية رقم 3 .

19 - رهن السندات الانية :

نقترح الغاء عبارة "ايضا" التي وردت في نص المادة 2/31 والتي لا تزيد الا غموضا والنص صراحة على انها ترهن بما ترهن بها حوالة الحق في القانون المدني، او ترهن طبقا لما نص عليه نص المادة 31 تجارى التي تحيل الى المادة 30 تجارى، او النص صراحة على انها ترهن طبقا لاحكام الفقرة الخامسة من نص المادة 31 تجارى، ذلك حسما للخلاف الذى يشار بصدد لها .

20 - حق الدائن المرتهن في طلب تمليك المرهون من طرق القاضى :

لم ينص المشرع التجارى على هذا الحق ولم يحيلنا الى احكام المادة 960 مدني المتعلقة بالرهن المدني لذلك نقترح اضافة هذه المكنة التي اعطت للدائن المرتهن في الرهن التجارى بجانب حقه في التنفيذ على الشيء بالبيع والى حين الاخذ بهذا الاقتراح نرى تطبيق احكام القانون المدني في الموضوع .

21 - شرط تملك المرهون والبيع بلا اجراءات عند عدم الوفاء :

نص المشرع المدني على هذا الشرط في المادة 903 والمشرع التجاري في المادة 3/31 وعليه نقترح اجراء التعديل على هاتين المادتين، على نحو يقتصر الحضر الذي تنصان عليه على الاتفاقات التي تكون معاصرة لاسرام عقد الرهن دون تلك التي تلحق به لاسباب سبق ذكرها في ص 286 .
نكتفي بهذا القدر ونسأل الله حسن التوفيق .

*—****—*

(أ) المؤلفات باللغة العربية

- علي علي سليمان : شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الاعلية والتبعية ، بيروت 1959 .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 2 — ط 1970 — القاهرة .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 3 — ط 1970 — القاهرة .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 10 — ط 1970 — القاهرة .
- سمير تناغو السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، 1970 الاسكندرية .
- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية، ج 2، في الحقوق العينية التبعية، ط 1965 — مطبعة الشرق — حلب .
- عبد الفتاح عبد الباقي — الوسيط في التأمينات العينية، القاهرة 1954 .
- عبد المنعم البدر، التأمينات العينية، ط 1، 1969 — القاهرة .
- منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، القاهرة 1963 .
- محمد الدين الريكل ، نادرة التأمينات في القانون المدني، ط 2، 1959 . الاسكندرية .
- محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الجزائر 1983 .
- محمد حسين، ارق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية — الجزائر 1982 .
- محمد حسين، الحقوق العينية التبعية، مطبوعة، 1973/72 الجزائر .
- احمد سلامة — دروس في المدخل للدراسة القانونية، 1965 مصر، ج 2 .
- محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ج 2 الحقوق العينية التبعية، 1968/1969 ط — دمشق، سوريا .
- محمد وحيد الدين سوار: ابحاث اساسية في القانون المدني الجزائري، معالجة القيت على طلاب الماجستير — سنة 1978/1979 .
- توفيق شحات: النظرية العامة للتأمين العيني، ط 2، 1953 القاهرة .
- عبد المجيد الحكيم، الوسيط، في نظرية العقد، ج 1 ط، بغداد 1967 .
- نورة منلا حيدر، طرق التنفيذ الجبري، دمشق 1967 .
- اكرم امين الخولي : الوسيط في القانون التجاري، ج 4، العقود التجارية، ط 1958 — مصر .
- علي حسن يونس — العقود التجارية، دار الفكر العربي (لم نعرف تاريخ الدابعة) .

ARTICLES:

المقالات

- 1)- Michell CABRILAC, Formes particulières du gage commercial, J. classeur commer.(Art.91 à 93)Fasicul B.
- 2)- Michell CABRILLAC, Gage, regime Général du gage commercial, J.C Commer.(Art.91 à 93.Fasicul A.
- 3)- Mme Françoise CHAMOIX, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, (la loi du 12/7/1980).
- 4)- Claude Morel, nantissement de l'outillage et du matriel, Encyclopédie, Dalloz commercial, T.IV. 2- ed.
- 5)- M. DEMOGUE: R.T.D Civ 1984.P.172, N° 1
- 6)- J. DERRUPE, Nantissement des créances, Encyclopédie, Dalloz commercial, T.IV 2è Edi.
- 7)- J. DERRUPE, Nantissement, Encyclopédie, Dalloz commercial T.IV, 2è éd.
- 8)- SIMON FREDERIQ, l'unification du droit civil et du droit commercial Essai de solution pragmatique, R.T.D. Commer 1962 P. 203 et suit.
- 9)- J. Foyer, Gage, Encyclopédie, Dalloz commercial, T.III.
- 10)- J. Guyenot, la construction et la réalisation du gage des valeur mobilières, R.T.D. com. 1961.
- 11)- J. Hamel, les rapports du droit civil et du droit commercial en france, Amales du droit commercial; 1933.P.183 et suit.
- 12)- J. PATARI?, Nantissement de films ENCYCLOPEDIE, DALLOZ, T.IV 2è ed.
- 13)- MM. Jean STOUFFLET et yves Chaput, d'allegement de la forme des transmissions de créances liés à certaines opérations de crédit,(loi N°81-1 du 2/1/1981 et décret n° 81-862 de 9/9/1981 J.C.P.ed. G 1981 - I - 3044.
- 14)- A. TUBIANA (Agrée au tribunal de commerce d'Alger) du règlement des dettes chirographaires contractées par la masse R.T.D. commerc. 1961.P.577 et suit.

د (الاستخدام القضائية في فرنسا :

- Cass.Civ. 11.05.1898 - C.Civil Art.2280 note n° 4.
- Cass.Civ. 04.03.1902. - C.Civil Art.2078 note n° 2.
- Grenoble. 03.03.1903.Sy. 1905.02.230.
- Req. 17.10.1906.C.civ.Art.2078, note n° 1.
- Cass.Civ. 08.01.1908. R.T.D.Civ.1908.P.369/n°42, ob:Demogue.
- Cass. 27.01.1908.code civ. art.2076; note n° 6.
- Civ. 29.01.1909. Code civ. art 2075, note n° 1.
- Cass Req. 24.05.1933.D.H.1933.378.
- Cass Req. 08.05.1934.S.1934.01.342.
- Cass 27.06.1944.J.C.P.1945.II.2782.
- Cass 19.03.1946.J.C.P.1946.II.3135.
- Trib Lille, Civ9.3.1951.R.T.D.Com.1951.P.572.n°11.Ob:Hemard.
- Nancy 13.11.1952.GAZ.POL.1953.1.208.
- Trib.Civ.Seine.1.04.1954.J.C.P.1956.II.1567.note chessgnon-
R.T.Dr.Commer.P.169.n°20 Ob Hemard.
- Trib commer. Seine 27.7.1956.J.C.P.1956.II.9567.notechessgnon
R.T.D.commer.P.169.n° 20 Ob. Hemard.
- Cass commer.24.10.1956.GAZ Pal 1957.1.128.
- Cass.commer. 15.1. 1957.J.C.P.1957.II.10006, note J.Becqué.
- Cass civ. 27.6.1958.J.C.P.1958.II.10819.et 10901, note Becqué
R.T.D. Commer.1958.P.848.Ob.Houane- R.T.D.Commer.1959.P.146.
Ob.Hémard.
- GRENOBLE (1^{er} ch et 2^e ch) 26 et 29/2/1959(2^e art)J.C.P.1959.
II.19169, note crétique par E. Becqué.
- Cass Civ. 17.11.1959.J.C.P.1959.IV.P.162.R.T.D.Com.1960.P.372.
- Cass Com.3.10.1962.J.C.P.1962.II.12940, note signé J-A.
- Cass Civ.10/10/1962.S.J.1962 éd.G.II.12926,note signé J-A.
- Cass Civ 1^{er} ch. 13.11.1962.S.J.1963.II.12976..
- Cass. 13.1.1965.J.C.P.1966.II.14469, note signé. R.D.M.
- Cass.Com. 13.1.1965.J.C.P.1965.éd. G IV.P.22:
- Cass Civ-Co.10.7.1968.D.1969.114.

./.

- Cass. 11.6.1969.D.1970.244, note Bihl.
- Trib. Paris.10.6.1971.R.T.D.Com.1972.P.448.n°16, Ob. Hemard.
- Trib.Gd Inst.Strasbourg 22.4.1975.R.T.D.Com.1975.P.532,n°7.
- Cass.Com.5.2.1979.J.C.P.1979.IV.P.124.
- Cass.Com.10.10.1979.J.C.P.1980.IV.P.82.
- Cass.Com.4.2.1980.J.C.P.1980.IV.P.156.
- Cass.Com.5.5.1980.J.C.P.1980.IV.P.271.
- Trib.inst.Paris 27.10.1980.J.C.P.1981.I.3048 (nautissement)
- Cass.Com. 3.11.1980.J.C.P.1981.IV.P.31.
- Trib.Lyon 1è ch. 12.10.1980.J.C.P.1980.IV.P.376.
- Trib.Lyon.16.10.1980.J.C.P.1980.IV.P.376.
- Cass.Com.1.12.1980.J.C.P.1980.IV.P.69.
- Cass.Com.5.1.1981.J.C.P. éd. G.IV.P.99.
- Cass.Com. 17.2.1981.J.C.P.IV.P.159.
- Cass. 4.5.1981.J.C.P.IV.P.258.

(هـ) بعض المراجع الأخرى المتبعة :

- ENCYCLOPEDIE, Dalloz.T.II, GAGE..
- ENCYCLOPEDIE, Dalloz.T.III, Gage, repertoire Encyclopedie de droit français, T.9.Paris 1894.
- DALLOZ.Repertoire Pratique, nautissement, T.VIII, 1920.Paris
- القانون المدني الجزائري .
- القانون التجاري الجزائري .
- القانون المدني الفرنسي .
- القانون التجاري الفرنسي .
- مشروع القانون المتعلق بقانون الاحوال الشخصية بتاريخ 1981 /9/29 .
- المرسوم الصادر بتاريخ 71/4/9 تحت رقم 71/91 (الجريدة الرسمية رقم 30 والمتعلق بتحديد شروط اصدار سندات التجهيز .
- المرسوم رقم 72/32 الصادر بتاريخ 72/1/31 المتعلق بالتنازل عن العقارات والحقوق العقارية او المتعلقة بشراء او التنازل او رهن القيم المنقولة .
- مجلة الحقوق المدنية التونسية .
- قانون الممتلكات العمومية الصادر بتاريخ 1967/6/17 والمعدل بمرسوم رقم 82 /145 الصادر بتاريخ 1982/4/10 .
- د . أحمد سلامة ، الرهن المالمق للمنقول ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليو 1968 ، عدد 2 السنة 10 ، ط 1 ، جامعة عين الشمس ، ص 304 وما بعدها .
- د . على البارودي ، نحوالة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مجلة الحقوق ، ص 10 (60 - 61) عدد 3 و 4 ، ص 31 الى 136 .
- د صبحي محمصاني : النازية العامة للممتلكات والحقوق في الشريعة الاسلامية ، ط 1948 بيروت ، الجزء 2 ،
- الاستاذ محمد طيار ، مبرحة القوانين والنصوص الفقهية ، الجزائر ، 1983 .

//)
//) B I B L I O G R A P H I E

(9) LANGUE FRANCAISE

O U V R A G E S

//) P P R I L L

Le Nantissement des creances et des comptes
(sous la direction de Hamel) 1953 PARIS. p 485 et suite.

- 2 BROANE :
Nature juridique du gage de créance, (These) 1939 PARIS.
- 3 CALBONNIER . :
Droit civil (Thenis) les obligations T4, 7^e edition
Dalloz 1972.
- 4 CHAUVEAU RENE :
La pratique du contrat de prêt (hypothèque gage,
nantissement) 1^e edition PARIS. DELMAS 1978.
- 5 CORNU GERARD :
La Loi du 18 JANVIER 1951, relative au nantissement de
l'outillage et du matériel d'équipement (le gage
commercial sous la direction de Hamel.J)1953 DALLOZ.P442.
- 6 DERRUPPE JEAN:
Les nantissements des valeurs mobilières. (Sous la
Direction de Hamel J) PARIS 1953. Page 512 et suite.
- 7 DELESTRAINT PAUL DUPONT:
Droit civil : suretè, privilège et hypothèque,
5^e édition . 1977 PARIS.

8 FOURNERIE PAULETTE VEAUX:

Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial (sous la direction de Hamel/ J) DALLOZ PARIS 1953. P 134 et suite.

9 FOYER JEAN (sous la Direction de Hamel J).

Le principe du gage avec dépossession (la loi de 1863 et ses précédents) DALLOZ PARIS 1953. PAGE 17 et suite.

10 GRANGER. MROGIER:

Le warrant des magasins généraux (sous la direction de Hamel Jean) PARIS 1953. Page 156 et suite.

11 GUIHO PIERRE:

Le gage sur instruments symboliques (sous la Direction de Hamel Jean) Paris DALLOZ 1953. Page 83 et suite.

12 HEMARD. J

Traité théorique et pratique de droit commercial (les contrats commerciaux, Nentes et gages) PARIS 1953.

13 JUGLAR DE MICHEL IPPOLITO BENJAMIN :

- 1) Cours de droit commercial 1^e Volume. 4^e edition
- 2) Tome III. Traité de droit commercial
- 3) Droit Commercial ; 4^e Volume (Banque et Bourses -
contrats commerciaux) Paris 1974.

14) LESCOT . P et ROBLOT :

Les effets de commerce, tome I PARIS 1953.

15) MARTY GABRIEL ET REYNAUD PIERRE:

Droit civil Tome ^{III} III, 1^e volume (les suretés, la
publicité foncière) Paris 1971.

16) MAZEUD HENRI .LEON ET JEAN:

Leçons de droit civil, tome III Volume
5^e edition par François Chabas (sureté, publicité
foncière).

17) PATARIN JEAN:

Le nantissement sur les films cinématographiques
(loi 22.2.1944) sous la direction de Hamel Jean)
Page 346 et suite.

18 PLANIOL ET RIPPERT G:
 Traité pratique de droit civil Français,
 Tome XIII , "Suretés réelles" avec le concours de
 BELQUE. E, 1^e Partie.

19 RIPPERT G:
 1) Traité élémentaire de droit commercial,
 4^e édition Tome I Paris 1959.
 2) Traité élémentaire de droit commercial,
 9^e édition. Paris 1977 par ROBLOT René.

20 RIPPERT G ET ROBLOT R.
 Traité élémentaire de droit commercial.
 Tome II. 8^e édition 1976.

21 ROGIER SUZANNE :
 De la mise en gage des créances en droit
 français. Thèse. 1929 PARIS.

22 TERKI NOUREDDINE:
 Les obligations (responsabilité civil et régime
 Général) ALGER 1982.

23 V I V A N T E :

- Traité de droit Commercial . Tome IV, les obligations, 1907 - 1909 PARIS. 5^e traduction par ESCARA. J sur la 3^e edition.

24 -WEILL ALEX ET TERRE FRANCAIS:

Droit civil, les obligations, 2^e edition DALLOZ 1975.

8 / 1	مقدمة :
	الباب التمهيدي :
1	- الفصل الاول : مفهوم الرهن الحيازي وتعريفه .
1	المبحث الاول : مفهوم الرهن الحيازي في التشريع الجزائري .
4	المبحث الثاني : تعريف رهن المنقول .
7	- الفصل الثاني : المبادئ العامة التي تحكم رهن المنقول ومميزاته .
7	المبحث الاول : المبادئ التي يخضع لها رهن المنقول .
14	المبحث الثاني : مميزات رهن المنقول .
	<u>القسم الاول</u>
15	انشاء عقد الرهن
16	الباب الاول : اركان عقد الرهن .
17	- الفصل الاول : اطراف عقد الرهن .
18	المبحث الاول : اهلية الاطراف .
19	المطلب الاول : اهلية الراهن .
19	1 - اهلية المدين .
21	2 - اهلية الكفيل العميني .
22	المطلب الثاني : اهلية الدائن المرتهن .
23	المبحث الثاني : اجازة عقد الرهن .
27	المبحث الثالث : المنع من التصرف .
27	المطلب الاول : كون المنع من التصرف مصدره القانون .
28	المطلب الثاني : كون المنع من التصرف مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة .
31	- الفصل الثاني : المال المرهون .
32	المبحث الاول : الشروط الواجب توافرها في المال المرهون .
32	المطلب الاول : قابلية التعامل في المنقول بالبيع .
34	المطلب الثاني : قابلية بيع المنقول بصفة مستقلة بالمزاد العلني .
36	المطلب الثالث : يجب ان يكون الشيء المرهون مملوكا للراهن .
36	1 - رهن ملك الغير .
38	2 - رهن المالك الظاهر .
40	3 - الرهن الصادر من المفلس او الممسر .

الصفحة

40	المبحث الثاني : بعض الاوصاف الاخرى التي تلحق الاموال المرهونة .
41	المطلب الاول : رهن المال المشاع .
43	المطلب الثاني : رهن المال المستقبل .
44	المطلب الثالث : رهن الملكية المملقة على شرط .
45	المطلب الرابع : رهن الاشياء الضائعة او المسروقة .
51	المطلب الخامس زوال ملكية الراهن باثر رجعي .
55	- الفصل الثالث : الالتزام المضمون .
55	المبحث الاول : خضوع الالتزام المضمون لمبدأ التخصيص .
58	المبحث الثاني : نوع الالتزام الذي يصلح ان يكون مضمونا بالرهن .
61	الباب الثاني : اثار الرهن الحيازي .
63	- الفصل الاول : اثار عقد الرهن بين المتعاقدين .
63	المبحث الاول : التزامات الراهن .
63	المطلب الاول : الالتزام بالتسليم .
64	المطلب الثاني : التزام الراهن بضمان سلامة الرهن وبقائه .
66	المطلب الثالث : ضمان الهلاك او التلف .
67	المبحث الثاني : التزامات الدائن المرتهن .
68	المطلب الاول : الالتزام بالمحافظة .
68	- البند الاول : اساس وطبيعة التزامات الدائن المرتهن .
68	أ) الاساس الذي يقوم عليه الالتزام .
69	ب) ماهي الطبيعة القانونية لالتزام الدائن المرتهن ؟
78	- البند الثاني : كيف يتم الالتزام بحفظ الشيء المرهون وصيانه .
79	المطلب الثاني : الالتزام بالاستثمار وادارة الشيء المرهون .
79	- البند الاول : استثمار الشيء المرهون .
84	- البند الثاني : خصم المصاريف والدين من انتاج الاستثمار .
87	- البند الثالث : ادارة الشيء المرهون .
89	المطلب الثالث : التزام المرتهن بالرد والوسيلة المتاحة للراهن في الاسترداد .
89	- البند الاول : التزام المرتهن بالرد .
94	- البند الثاني : كيف يسترد الراهن الشيء المرهون .
97	- الفصل الثاني : اثار عقد الرهن تجاه الغير .
97	المبحث الاول : السلطات التي يخولها عقد الرهن .
98	المطلب الاول : حق الحبس .
98	- البند الاول : خصائص حق الحبس الناتج عن عقد الرهن .

الصفحة

- 103 - البند الثاني : نطاق حق الحبس الناتج عن الرهن .
- 114 - **المطلب الثاني** : الافضلية والتتبع :
- 114 أ) حق الافضلية .
- 115 ب) حق التتبع .
- 116 - **المبحث الثاني** : شروط نفاذ عقد الرهن تجاه الغير .
- 117 - **المطلب الاول** : الحيازة .
- 117 - البند الاول : التكييف القانوني للحيازة .
- 119 - البند الثاني : تعريف الحيازة .
- 119 - البند الثالث : اساس الحيازة والحكمة التي تقررت من اجلها
- 120 في الرهن .
- 121 - البند الرابع : دور الحيازة في الرهن .
- 122 - **المطلب الثاني** : شروط الحيازة .
- 123 - البند الاول : الحيازة الظاهرة .
- 129 - البند الثاني : استمرار الحيازة .
- 130 - **المطلب الثالث** : رجوع الشيء المرهون الى الراهن .
- 132 - البند الاول : تنازل الدائن عن الحيازة للراهن تنازلاً مؤقتاً
- 135 - البند الثاني : استبدال الاشياء المخزونة بمثلتها .
- 141 - البند الثالث : سلب الحيازة .
- 143 - **المطلب الرابع** : الحائز .
- 144 - البند الاول : اهمية حيازة المدل وشروطها .
- 148 - البند الثاني : الطبيعة القانونية لحيازة الحائز .
- 150 - **الفصل الثالث** : انقضاء الرهن الحيازي الوارد على المنقول .
- 150 - **المبحث الاول** : زوال الرهن بصفة تبعية .
- 154 - **المطلب الاول** : انقضاء الالتزام بالوفاء .
- 155 - **المطلب الثاني** : التجديد .
- 157 - **المطلب الثالث** : المقاصة .
- 163 - ***المبحث الثاني** : انقضاء الرهن الحيازي الوارد على المنقول بصفة اصلية .
- 164 - **المطلب الاول** : التنازل عن حق الرهن .
- 167 - **المطلب الثاني** : اتحاد الذمة .
- 170 - **المطلب الثالث** : هلاك الشيء المرهون .
- 172 - **المطلب الرابع** : التنفيذ الجبري .
- 160 - ***المطلب الرابع** : الوفاء بالمقابل .

القسم الثاني

- 177 الاحكام الخاصة لرهن المنقول الحيواني
- 178 الباب الاول : القواعد الخاصة بالمنقول المادي .
- 178 - الفصل الاول : في كيفية انشاء الرهن وثبوته .
- 178 المبحث الاول : الرهن المدني الوارد على المنقول المادي .
- 182 المبحث الثاني : الرهن التجاري الوارد على المنقول المادي .
- 182 المطلب الاول : تعريفه .
- 185 المطلب الثاني : اثباته .
- 189 - الفصل الثاني : الرهن الناشئ عن العمل المختلط .
- 194 الباب الثاني : رهن المنقولات المعنوية (تمهيد) .
- 195 - الفصل الاول : رهن الديون العادية .
- 195 المبحث الاول : الطبيعة القانونية لرهن الديون والديون القابلة للرهن .
- 195 المطلب الاول : الطبيعة القانونية لرهن الديون العادية .
- 196 المطلب الثاني : الديون القابلة للرهن .
- 200 المبحث الثاني : شروط نفاذ الرهن (تجاه المدين والفيهر) .
- 200 المطلب الاول : في الرهن المدني .
- 201 - البند الاول : الكتابة .
- 204 - البند الثاني : الحيازة .
- 207 - البند الثالث : نوعية السند الذي يمكن ان تتم به الحيازة .
- 208 - البند الرابع : الابلاغ .
- 210 المطلب الثاني : الرهن التجاري الوارد على الديون العادية .
- 211 - البند الاول : موقف القضاء والفقه .
- 219 - البند الثاني : موقف القانون الجزائري في رهن الديون .
- 229 - الفصل الثاني : رهن القيم المنقولة (او السندات) (تمهيد) .
- 231 المبحث الاول : السندات الاسمية (تمهيد) .
- 231 المطلب الاول : مفهوم وخصائص القيم المنقولة واهمية رهنها .
- 231 - البند الاول : مفهومها .
- 232 - البند الثاني : خصائصها .
- 233 - البند الثالث : اهمية رهن القيم المنقولة .

- 235 . المطلب الثاني : رهن السندات الاسمية في التشريع الجزائري .
- 239 . المطلب الثالث : الشهادة لقيود السهم المتنازل عنه في سجل الشركة .
- 242 . المبحث الثاني : رهن بعض الحقوق الاخرى التي لها صلة بالسهم .
- 242 . المطلب الاول : رهن الوعد بالسهم .
- 243 . المطلب الثاني : رهن حق الانتفاع بالسهم .
- 245 . المطلب الثالث : موقفنا من الخلاف الفقهي والقضائي الفرنسي .
- 248 . المبحث الثالث : رهن السندات الاذنية .
- 249 . المطلب الاول : راي الفقه .
- 251 . المطلب الثاني : راي القضاء الفرنسي .
- 251 . المطلب الثالث : موقفنا من الجدل الفقهي والقضائي الفرنسي .
- 254 . الباب الثالث : التنفيذ على المرهون عند عدم الوفاء .
- 254 . الفصل الاول : التنفيذ على الرهن المدني (تمهيد)
- 255 . المبحث الاول : البيع الجبري .
- 255 . المطلب الاول : شرط الاذن بالبيع .
- 256 . المطلب الثاني : شرط اجراء البيع بالمزاد العلني .
- 260 . المبحث الثاني : طلب تملك الشيء المرهون من طرف القاضي .
- 260 . المطلب الاول : شرط تملك المرهون .
- المطلب الثاني : كيف يستوفي الدين المرهون الذي حل اجله قبل حلول اجل الدين المضمون .
- 262 .
- 264 . الفصل الثاني : تنفيذ على الرهن التجاري (تمهيد) .
- 265 . المبحث الاول : البيع الجبري (تمهيد) .
- 266 . المطلب الاول : ابلاغ المدين او الكفيل العيني .
- 267 . المطلب الثاني : مدة انتظار 15 يوم .
- 272 . المطلب الثالث : اجراء البيع بالمزاد العلني .
- 276 . المبحث الثاني : طلب تملك الشيء المرهون (تمهيد) .
- 276 . المطلب الاول : الجدل الفقهي الذي ثار حول حق الدائن في طلب تملك المرهون .
- 278 . المطلب الثاني : موقفنا من هذا الجدل .
- 279 . المبحث الثالث : شرط تملك او بيع المنقول دون اجراءات عند عدم الوفاء .
- 279 . المطلب الاول : شرط بيع المنقول دون الاجراءات .
- 280 . المطلب الثاني : شرط تملك المنقول عند عدم الوفاء .

289
294
304

الخاتمة :
المراجع :
النهرس :

——*

ملحق : الاخطاء المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
مقدمة			
7	2	التزام	التزاما
7	18	الرهمن	رهمن
8	9	نفس	شذ
8	10	نزهد	نزهد
8	12	جدلا فقهي واجتهاد	جدلا فقهي واجتهادا قضائيا
8	23	القاضي	القاضي
2	16	L'Ontillage	L'OUTILLAGE
4	1	لم يحلول	لم يحاول
5	15	منو عقد	هو حق
7	23	donne	donnee
7	23	un Gage	on Gage
7	25	lettre	cette
7	25	necesairo	necessaire
19	12		تدور بين
19	13		يكون لديه اهمية التصرف
19	14		الصبي غير المميز
19	15		باطلا بطلانا مطلقا
22	10	أن أن يتوافر	ان يتوافر
22	19		في نص المادة 95 من قانون
			الاسرة الى المادة 88
23	18		نص المادة 92 من قانون الاسرة
27	2	او بالتقادم	بالتقادم
27	13	التي يمنع	التي تمنع
27	18	اشخاص	اشخاصا
29	19		ان
30	17		وجود شرط

انه يتضمن	انه لا يتضمن	6	31
كل ما	كلما	6	33
كالاعتراض	الاعتراض	8	34
حق الارتفاق	حق الاتفاق	16	34
بأنه قابل	بأنه قابلا	8	37
مشكل شروط المال المرهون	مشكل الاهلية	17	40
نير المخطي	النير مخطي	15	45
في اعطاء	في اعطائه	1	47
ان يسترد ما كان ينبغي	ان يسترد الا ما كان	20	47
عبارة الشراء	حيارة الشراء	10	48
اقرب	اقربى	6	52
يجنبنا		21	52
وراجع ص 54		26	52
فينتفي	فينتفسي	16	53
راجع ما سبق ص 51		19	53
شروط	شر	2	54
يقول الاستاذ عبد الباسط جميعي	يقول الاستاذ شمس	7	54
اشار اليه شمس الدين الوكيل	الوكيل		
المرجع السابق ص 133 حاشية رقم 2	المرجع السابق ص 451	7	54
باطلا	باطل	14	54
بجوهره		19	54
عن جسامه		20	54
حساب جارى	حساب جاز	18	55
ثابت	ثابتا	4	57
مصرف	مصرفا	5	57
كل ما	كلما	5	57
لا يناسب	لا يناسبه	6	57
ففي جميع		9	58
لم ينفذ		2	59
ان يجعل	ان يجعل	9	59
الباب		1	60
في البحث ص 31 حاشية رقم 1		23	63
التزام الدائن قد لا يكون	التزام الدائن لا يكون	16	66
قرينة قاطعة	قرينة بسيطة	5	67

ليس له يد فيه ويكفي	7	67
الاجنبي ولا يكفي		
الحيازة ذاتها	9	68
ان الالتزام بالمحافظة	12	68
التزاما بعناية	6	77
حيوانا	7	78
وله ان يسترد	15	78
الوسائل الحبرية	4	80
ما سيأتي ص 88	23	80
فيكون	11	81
لا يصاغ	12	81
جعل	7	81
استلزمها	4	85
اعد له	2	88
ان لا يجوز له	5	88
التزام تعاقديا	8	89
وتبرأ	9	89
سرجوها	16	89
يتراخي	1	92
الذي انشأ	6	92
والمصاريف	6	92
ان الدائن	11	92
ص 100 حاشية رقم 2	20	93
كاستحالة رد	7	95
الفصل	1	97
الفصل	2	97
وهذه الاثار التي تترتب	10	97
اضرارا	8	100
مدني سوري	20	100
العدالة	30	100
نعمل	31	100
الراهن	31	100
عديم	20	101
حسن النية عند التعاقد وعند	3	102
التسليم		

بين ما	بينهما	24	102
المزاد	المزاد	25	104
فان نص المادة	بينما نص المادة	11	107
في اوضاع غير عادية	في اوضاع عادية	5	108
ص 106	ص 111	20	111
ص 106	ص 111	22	111
ص 105	ص 111	26	112
والذي يمكن		5	113
يعتبر		8	113
13 Juillet 1967	13 Juillet 1957	21	113
ان للمقيد	انه للمقيد	9	116
ومن الاثار	وفي الاثار	10	116
يجوز حق الرهن	يجوز الرهن	3	119
ينوب عنه	ينوبه	10	124
التسليم الحكمي الذي لا يصح	التسليم الحكمي لا يصح	18	125
ان يتفحص الامر عن قرب	ان يتفحص عن قرب	13	126
ان ولو كان		6	127
ان يظهرهما		13	133
يري انه	من انه	1	137
Dalloz	Alloz	24	153
صور التجديد	اصور التجديد	13	156
يشترط ان يكون حصول الاتفاق	يشترط حصول الاتفاق	15	156
الفصل الثاني	المبحث الثالث	11	174
تجاوز قيمة المال	تجاوز قيمته	15	180
يكون المال المرهون والالتزام	يكون المال المرهون اقل	9	181
المضمون اقل			
Aubry	Bry	12	182
عقدا مدنيا	عقد مدني	27	183
التزم	التزام	29	183
1er volume	17: Volume	21	184
عقد البيع	عقد البيع	10	185
Rouen	Touen	17	186
الفصل الثاني	المبحث الثالث	9	189
طالبا منه	طالبا من	13	191

MARTY	MARY		
يراد به النفاذ على الشير	يراد به على الشير	18	197
دائنين عاديين ام ممتازين	دائنين ام ممتازين	14	200
للاحتجاج	للدائن الاحتجاج	13	202
نصا	نص	19	203
ان الابلاغ	الآن الابلاغ	19	205
عن التذكير من ان		9	206
ظاهرة ومستمرة		19	206
وقد اجمع		20	206
ما هو	ما هي	28	211
Unanime	Manime	12	213
من عقود اليجار	من عقود اليجار	20	213
لقاعات	لقاعة	20	214
CONVENTION	VONVENTION	21	214
الديون في المادة 31 تجارى نص	الديون في المادة 31	25	216
على	تجارى	13	220
نص المادة 4/91 تجارى فرنسي	نص المادة 2075 مدني	21	220
بالمناولة	فرنسي		
بموقف	بالمناولة	24	221
ما سبق ص 224	ما سبق ص: 242	9	225
كستابة عقد الرهن تكون ضرورية	الكتابة عند الرهن يكون	23	225
انها ضرورية	ضروريا	4	228
في الجحش: 43، ص 199/219	انه ضرورى	5	228
وراجع ص: 198		17	228
CONSTITUTION	CONSTITUTION	24	228
والفقرة الثالثة منها تنص بمايلي :		8	229
التجارية او المدنية	تجارية او مدنية	3	230
التأسيس	التاسينات	25	232
TITRES	TIRES	8	233
ثبوت	ثبوت	10	237
لم يكن	لم يكن	15	240
في حالة مالك الرقبة	في حالة الرقبة	5	243

الشركة المدينة		11	245
تكون مدينة برد	تكون مدينة بالرد	12	245
من أي اجراء	في أي اجراء	5	251
يطرق	بالطرق	7	251
مدنيا ام تجاريا	مدني ام تجاري	2	254
عبارة السوق اعم		20	256
من المزايد		2	258
باشكال	بالشكال	2	266
بالمميزات الاتية	بمميزات	6	272
نص المادة 2/33	نص المادة 2/93	1	273
نص المادة 2/93	نص المادة 2/33	3	273
عون للدولة مختص	عونا للدولة مختصا	10	273
مضرا بالغير	مضر بالغير	6	274
طالما	انه طالما	7	274
بالتنازل	بان التنازل	10	274
من الظروف	من ظروف	21	274
وان التقييم بواسطة خبير لا يكون	وان التقييم بواسطة خبير	15	275
ضروريا	يكون ضروريا		
ميسرا		15	275
Prix	Pris	23	275
ولا فرق	ولا ففرق	11	279
ولعدم	لعدم	12	281
تمليك عند عدم الوفاء		11	282
تشار		6	283
الوارد على النقود او الديون	الوارد على الديون	1	284
في البحث ص: 157		12	285
ص 84 حاشية رقم 4		14	285
MARTYR	MARTYR	18	285
او	ام	8	286
Allemand		19	287
زيدة	زيدة	3	289
بالتسليم السند	بالتسليم السند	20	289

بالاضافة الى هذه التعديلات: نفيه القاريء الكريم بأن يقرأ عبارة nantissement بدل من nautissement واسم الدكتور محمد حسنين بدلا من الحسينين واسم الدكتور محمد وحيد الدين سوار بدلا من احمد اينما وجدت هذه العبارات في البحث وشكرا .